

UNIVERSITÉ DE LYON. — FACULTÉ DE DROIT

---

LE GROUPEMENT  
DES PARTS BÉNÉFICIAIRES  
ET LA LOI DU 23 JANVIER 1929

---

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences Juridiques)

PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE LYON

*Le 26 novembre 1929*

PAR

M. Pierre BEL



LYON

SOCIÉTÉ ANONYME DE L'IMPRIMERIE A. REY

IMPRIMEUR DE L'UNIVERSITÉ

4, RUE GENTIL, 4

—  
1929



**LE GROUPEMENT  
DES PARTS BÉNÉFICIAIRES**

**ET LA LOI DU 23 JANVIER 1929**

# UNIVERSITÉ DE LYON

---

## FACULTÉ DE DROIT

---

### PROFESSEURS HONORAIRES

- MM. APPLETON (Charles), ,  I..  
GARRAUD (René), ,  I., , correspondant de l'Institut.  
APPLETON (Jean), , ,  I.

### PROFESSEURS

- JOSSERAND, ,  I., doyen, professeur de Droit civil.  
PIC (Paul), , O.,  I., professeur de Droit international public.  
LAMBERT, , A., professeur de Droit comparé.  
BOUVIER, ,  I., professeur de Science financière et de Législation française des finances.  
LAMEIRE, , I., professeur d'Histoire du Droit public et de Droit administratif.  
LÉVY, ,  I., professeur de Droit civil.  
GONNARD, ,  I., professeur d'Economie politique.  
ANTONELLI, , ,  I., professeur d'Histoire des Doctrines Economiques.  
PERROUD, ,  I., professeur de Procédure civile.  
COHENDY (Georges), , A., professeur de Droit commercial général.  
GARRAUD (Pierre), , professeur de Droit criminel.

### AGRÉGÉS

- MM. PHILIP, chargé de cours d'Économie politique.  
LAMBERT (Jacques), Histoire du Droit, en mission.  
FALLETTI, Droit romain.  
PERROUX (François), Science des finances.

### SECRÉTARIAT

- DUBROCA, , I., secrétaire.

---

## JURY DE LA THÈSE

- MM. PERROUD, professeur. . . . . *Président.*  
PIC, professeur . . . . .  
COHENDY, professeur . . . . . } *Assesseurs.*

---

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni imprécaton aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE LYON. — FACULTÉ DE DROIT

---

# LE GROUPEMENT DES PARTS BÉNÉFICIAIRES

ET LA LOI DU 23 JANVIER 1929

---

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences Juridiques)

PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE LYON

*Le 26 novembre 1929*

PAR

M. Pierre BEL



LYON

SOCIÉTÉ ANONYME DE L'IMPRIMERIE A. REY

IMPRIMEUR DE L'UNIVERSITÉ

4, RUE GENTIL, 4

—  
1929



# LE GROUPEMENT DES PARTS BÉNÉFICIAIRES

ET LA LOI DU 23 JANVIER 1929

---

## INTRODUCTION

---

Il semble qu'on ait accoutumé de débiter une étude sur les parts de fondateur en rappelant, en même temps que leur origine, le sort brillant des premiers titres de ce genre : ceux créés par la Compagnie du Canal de Suez. Pour ne pas faillir à cette tradition, rappelons une fois de plus que les parts bénéficiaires furent « découvertes » lorsque M. DE LESSEPS imagina de rémunérer certains de ses collaborateurs par la délégation d'une quote-part des bénéfices éventuels de la Compagnie, et que leur valeur sans cesse croissante a été pour beaucoup dans la vogue dont cette nouvelle catégorie de titres fut l'objet.

La part bénéficiaire est donc une création relativement récente de la pratique qui, pendant près de soixante-dix ans, demeura libre de la façonner à sa guise, n'étant gênée en cela par aucun texte légal. Et, en fait, elle ne s'en priva pas, modifiant insensiblement mais indiscutablement sa nature, pour l'adapter aux exigences de la vie commerciale et industrielle.

A l'origine, elle fut un moyen élégant dont le but était d'éviter à une société naissante un paiement immédiat en espèces aux fondateurs pour les rémunérer de leurs travaux et de leurs efforts. Cette cause d'attribution, qui valut au titre sa dénomination courante (1),

(1) Peu de titres eurent plus de dénominations. Actuellement les plus en faveur sont celles de « part bénéficiaire » et de « part de fondateur », cette dernière étant plus spécialement réservée aux titres effectivement donnés à des fondateurs ou à leurs auxiliaires. La loi du 23 janvier 1929 les emploie toutes deux indistinctement.

ne demeura pas seulé. Les praticiens, trouvant le moyen commode (1), rétribuèrent ainsi non seulement les fondateurs ou leurs auxiliaires, mais des apporteurs, les premiers actionnaires ou une catégorie intéressante d'entre eux, voire même tous les souscripteurs indistinctement.

Actuellement, on va jusqu'à mettre des parts (2) en réserve pour les écouler ensuite contre du numéraire. Enfin, et de plus en plus, elles sont remises aux créanciers de la société en paiement des droits qu'ils peuvent avoir contre elle ; par exemple, contre remise concordataire de son passif exigible, une société par actions en liquidation offrira tant de parts bénéficiaires par fraction déterminée de créance.

Ainsi, le caractère originaire du titre a grandement évolué. C'est un fait qu'on ne saurait trop avoir constamment présent à l'esprit.

La première disposition légale intéressant la part n'apparut qu'en 1927 (loi de finances du 31 mars, art. 16) ; elle ne vise qu'un point de détail (3). C'est en 1929 seulement que le législateur se décida à la réglementer dans sa loi du 23 janvier.

La définition qu'en donne la loi nouvelle est l'aboutissement normal de son évolution. Le caractère juridique de notre titre avait été très discuté, et le sera peut-être encore demain. Certains voulaient y voir une action (4), d'autres un droit d'associé (5), les derniers enfin

(1) Peut-être même trop commode ; ce qui ne présentait pas de risque à l'époque où la part était attribuée à des individus qui restaient dans l'affaire comme associés, mais devient dangereux maintenant qu'on l'émet ou qu'on l'attribue à des créanciers.

(2) Pour éviter la répétition des termes « part bénéficiaire » et « part de fondateur », nous emploierons seulement le mot « part » pour désigner ces titres.

(3) Cette loi interdit la négociation des parts pendant un délai de deux ans à compter de la constitution de la société. Avant elle, doctrine et jurisprudence étaient unanimes à reconnaître la validité de leur négociation sitôt la société constituée. C'était à ce gros avantage qu'était due en grande partie la faveur grandissante que l'on a manifestée à la part bénéficiaire, surtout après la loi de 1893 portant interdiction de négocier les actions d'apport durant deux ans.

La loi du 31 mars 1927, en assimilant sur ce point les deux titres, a certainement enlevé à la part son principal attrait pour les spéculateurs.

(4) Sic CHAVEGRIN, note, S. 1889, I, 417 ; VALÉRY, note, D. P., 1895, 2, 297 ; THALLER, *Traité de Droit commercial*, premières éditions ; LYON-CAËN et RENAUULT, *id.* (M. LYON-CAËN abandonna cette théorie pour se rallier, avec des arguments très forts, à celle du droit de créance dans sa note au S. 1917, I, 33) ; VAVASSEUR, *Revue des Sociétés*, 1895, p. 127, et *Traité des Sociétés*, p. 27.

(5) Sic HOUPIIN, *Journal des Sociétés*, 1894, p. 184, et *Traité*, t. I, n° 438 ;

un droit de créance (1). C'est cette dernière théorie qu'a consacrée le législateur et, à notre sens, le meilleur argument dont il puisse l'étayer est précisément l'évolution du titre qui l'a poussé et le pousse encore vers le simple droit de créance.

Le but de la loi de 1929 est double. D'abord, définir la nature et les droits essentiels des parts de fondateur, réglementer ensuite le groupement des porteurs.

Nous ne voulons, dans notre thèse, n'envisager que ce dernier point à l'exclusion du premier qui se rapporte à l'étude du régime des parts dont nous n'utiliserons que les notions qui nous seront indispensables.

Et notamment, la loi de 1929 étant encore bien récente et aucun autre texte ne pouvant avant elle nous servir de base de départ, nous devons, en raison des conflits que la détermination de la nature juridique de nos titres avait soulevés, préciser la définition qu'en donne la loi nouvelle.

« Ces titres, qui sont en dehors du capital social, ne confèrent pas à leurs propriétaires la qualité d'associé. Mais il peut leur être attribué, à titre de créance éventuelle contre la société, un droit fixe ou proportionnel dans les bénéfices sociaux ». Ainsi les définit-elle dans le paragraphe 2 de son article premier, en ajoutant un peu plus loin : « Les droits des propriétaires de parts sont déterminés dans les statuts de la société par actions ou dans la délibération ultérieure de son assemblée générale portant création des parts » (art. 1<sup>er</sup>, § 5).

Cette théorie du droit de créance avait soulevé de nombreuses critiques dont les plus véhémentes étaient celles de certains praticiens. Elle avait en effet deux conséquences fâcheuses : elle permettait à la part d'échapper à l'interdiction de négociation édictée par l'article 4 de la loi de 1893 pour les actions d'apport, et à la procédure de vérification réclamée par l'article 4 de la loi de 1867 pour les apports et avantages particuliers.

BOUSQUET, *Journal des Sociétés*, 1885, p. 750 ; PIC, *les Sociétés commerciales*, t. III, n° 1708 ; MAZAS, thèse Grenoble, p. 23.

(1) Sic LECOUTURIER, *Traité des parts de fondateur*, n° 42 et s. ; WAHL, *Journal des Sociétés*, 1897, p. 149 et 155 ; ROUSSEAU, *Etude sur les parts de fondateur*, n° 1185.

Il existait d'autres théories encore qui faisaient du droit des porteurs un droit *sui generis* de participation aux bénéfices (GENEVOIS), ou un droit de groupier (COPPER-ROYER).

Ces conséquences regrettables ne sont plus à craindre maintenant, la première depuis la loi du 31 mars 1927 qui étend le régime des actions d'apport aux parts de fondateur (1), la deuxième depuis la loi nouvelle qui soumet à la procédure de vérification « la création, l'attribution ou l'émission des parts bénéficiaires » lorsqu'elle a lieu « en rémunération d'un apport en nature » (art. 1<sup>er</sup>, § 3).

Le droit de créance représenté par la part prend naissance dans un contrat synallagmatique (2) qui est toujours constaté par le pacte social; en effet, ou bien les parts sont créées lors de la rédaction des statuts et leur régime y est incorporé, ou bien elles sont créées par une assemblée générale ultérieure dont la décision, par l'attribution qu'elle fait d'une quote-part des bénéfices sociaux aux porteurs, modifie le pacte social et doit y figurer (3).

C'est donc dire que les rapports d'actionnaires à porteurs seront régis par le droit ordinaire des contrats.

Ces quelques observations préliminaires faites, relatives au régime de notre titre, observations auxquelles plusieurs autres viendront s'adjoindre dans les pages suivantes, nous diviserons notre étude en quatre chapitres.

Le premier contiendra l'exposé du problème. Nous verrons qu'entre actionnaires et porteurs de parts aux prises dans une même société, le seul apaisement doit être recherché dans une formule d'organisation. Les actionnaires étant eux-mêmes organisés, il ne reste plus qu'à faire de même pour les porteurs.

Dans le deuxième, nous assisterons aux longs et laborieux efforts de la pratique et de la jurisprudence antérieures à 1929 pour essayer de parvenir à ce but. Œuvre commune aux porteurs de parts et aux obligataires qui souleva de grosses questions et fit couler beaucoup d'encre.

Le troisième chapitre verra l'intervention du législateur de 1929. Consacré à l'étude de l'économie de la loi, nous réserverons au chapitre suivant et dernier l'examen général de son œuvre.

(1) Voir *supra*, p. 6, note 3.

(2) Ce caractère a été depuis longtemps dégagé, notamment par la jurisprudence (voir notamment Req., 8 décembre 1902, D. P., 1903, 1, 43).

(3) Ainsi le pacte social est un acte complexe qui ne contient pas uniquement les conventions des associés.

## CHAPITRE PREMIER

### LES DEUX ASPECTS DU GROUPEMENT DES PARTS

#### **Section Première. — Le conflit d'intérêts entre actionnaires et porteurs de parts. Exemples.**

Dans les sociétés par actions ayant émis des parts de fondateur, l'expérience révèle qu'il existe entre les porteurs et les actionnaires un dissentiment à l'état latent. Venant tous ensemble au partage d'une même masse, exerçant sur elle le même droit de participation, mais en vertu de vocations différentes, des conflits d'intérêts ne peuvent manquer de se produire entre eux.

Ces conflits se limitent à la répartition des bénéfices et aux questions qui s'y rattachent, car cette répartition constitue le seul terrain sur lequel les intérêts des parties puissent se heurter. Le droit des porteurs de parts se bornant à un droit de participation sur les gains sociaux, toute critique sur un autre objet, par exemple sur l'administration de la société, leur est interdite. Il n'y a là que l'application de la vieille maxime « pas d'intérêt, pas d'action ».

Mais la valeur de cette remarque est toute relative. Le partage des bénéfices étant légalement la cause du contrat social, et pratiquement le but immédiat de la société, il est naturel que les problèmes l'intéressant, les décisions prises à son sujet aient une répercussion sur la marche des affaires sociales. La réciproque est d'ailleurs vraie. Les parts bénéficiaires voyant leur sort lié aux bénéfices sociaux, cela suffit à montrer combien graves sont les dissentiments qui peuvent surgir entre les co-partageants et l'importance des conflits auxquels leur emploi peut donner lieu.

Ces conflits se classent en deux catégories. Dans la première

rentrent ceux soulevés au sujet de la fixation faite par l'assemblée générale des actionnaires de ce qui doit former la masse des bénéfices partageables ; c'est notamment le cas des critiques parfois adressées par les porteurs de parts aux opérations suivantes : amortissements, constitution de réserves extraordinaires, de fonds de prévoyance, report à nouveau de bénéfices, affectation spéciale des bénéfices, etc. La deuxième catégorie comprend les conflits portant sur les modifications des droits des porteurs, c'est-à-dire sur le partage proprement dit, et ils sont nombreux : dissolution anticipée, rachat des parts, conversion en actions ou en obligations, etc.

Quant à leur cause, qu'il est nécessaire de dégager pour rechercher le remède, nous devons la trouver dans l'analyse du partage des bénéfices, puisque c'est lui qui en est l'occasion.

L'actionnaire est, par définition même, un associé. C'est lui qui, confiant en la seule valeur de l'affaire, a permis, grâce à son apport originaire, la constitution du fonds social sans lequel la société n'aurait pas pu se former ni commencer ses opérations commerciales. C'est également lui qui, durant son existence, est appelé à pourvoir à son administration et à assurer la marche de ses affaires.

Le mobile qui l'a poussé, et qui le pousse encore, à agir ainsi est évidemment un mobile intéressé. L'actionnaire apportant son argent ou des biens quelconques à la société naissante, apports qui appauvrissent sans compensation immédiate son patrimoine, espère bien dans son for intérieur que cet apport fructifiera pour son plus grand profit et que la société devenue grande personne saura le rémunérer des services qu'il lui a rendus et de l'aléa qu'il a consenti à courir en lui remboursant pour le moins cet apport et en lui octroyant de larges dividendes.

Mais le désir de « toucher des dividendes » qui est au fond de la mentalité de tout actionnaire ne lui fait pas perdre de vue l'avenir. L'apport qu'il a fait à la société l'a appauvri momentanément, du moins il l'espère, il sait que le capital social à la formation duquel il a contribué est le gage des créanciers, qu'une faute de gestion, ou simplement un trop gros appétit de sa part, peuvent faire disparaître ce capital, évanouir les bénéfices espérés, et transformer son appauvrissement momentané en perte définitive.

Aussi l'actionnaire, malgré son envie fort légitime de profiter de la prospérité présente de la société, prospérité qui est en grande

partie son œuvre, consentira parfois à de gros sacrifices pour assurer dans la mesure du possible la sécurité de l'avenir et, partant, le remboursement de ses apports et les bénéfices futurs. Il consentira notamment des prélèvements importants dans le but de constituer des réserves extraordinaires, des fonds de prévoyances, d'effectuer de larges amortissements... et ce, d'autant plus facilement, qu'il viendra plus tard, lors de la liquidation de la société, au partage du reliquat, dont l'importance est fonction de la bonne administration des affaires sociales, de toutes ces réserves, composées de bénéfices accumulés.

En un mot l'actionnaire, et principalement lorsque les actions sont « placées », ce que toute société sérieuse cherche à obtenir dans le plus bref délai, est tourné vers l'avenir, sans pour cela dédaigner le présent, mais sous réserve au contraire d'examiner la légitimité, l'utilité des mesures qui lui sont proposées.

Pouvons-nous en dire autant du porteur de parts bénéficiaires ? Non. Sa psychologie est toute différente, bien qu'extérieurement il exerce son droit aux bénéfices de la même manière que l'actionnaire.

Le porteur est un créancier qui, ainsi que cela se produit de plus en plus, ne voit dans les bénéfices qui lui sont alloués que des paiements destinés à le remplir de ses droits. L'existence de sa créance contre la société étant subordonnée à celle des bénéfices, il faut qu'il y ait des bénéfices, sinon, ne recevant pas les prestations espérées, il se considérera comme lésé.

D'autant plus, qu'au contraire de l'action qui, indépendamment de son droit aux bénéfices, représente un versement effectif dont on est en droit d'espérer le remboursement, le titre que le porteur a en mains n'a aucune valeur nominale, qu'il n'a que celle que les acquéreurs auxquels il le propose veulent bien lui trouver et que cette estimation dépend nécessairement et uniquement des avantages pécuniaires qu'il est susceptible de procurer.

Ajoutons à cela que la spéculation s'est emparée de ce titre : c'est dans cet état d'esprit que le porteur de parts appréciera l'utilité et la nécessité des mesures votées par l'assemblée générale des actionnaires et c'est dire qu'il les verra sous un angle tout autre que ces derniers, puisqu'elles viennent diminuer d'autant les dividendes espérés. Le voilà donc dressé contre la société, arguant du caractère frauduleux ou simplement abusif de ces mesures et demandant réparation du préjudice immédiat qu'elles ont pu lui occasionner.

Mais, dira-t-on, l'intérêt bien compris des porteurs de parts n'est-il pas également d'assurer la vie sociale la plus longue possible ? Plus la société durera, plus longtemps ils viendront au partage des bénéfices.

Cet argument est sage et il est heureux que les porteurs en reconnaissent parfois la justesse. Mais il ne peut s'appliquer à toutes les situations. Si la société ne distribue pas de bénéfices de quelque temps, ou insuffisamment, ou d'une manière intermittente ? Dans le présent, le porteur est lésé : à quoi lui servira d'avoir en mains un titre sans valeur nominale et sans grande valeur marchande du fait de l'absence de répartition, et pour le surplus ne rapportant rien ou presque rien ? Quant à l'avenir, ce n'est pas son fait : il ne peut pas toujours attendre, comme les actionnaires de certaines sociétés immobilières, la liquidation dans l'espoir de participer au partage des boni, car, les réserves n'étant pas indisponibles durant la vie sociale, l'existence des boni de liquidation est toute éventuelle ; au surplus, toutes les parts bénéficiaires ne donnent pas droit à venir à ce partage.

N'oublions pas, d'ailleurs, que les porteurs sont des créanciers, souvent doublés de spéculateurs, gens pressés par définition, et encore plus pressés si les titres leur ont été attribués gratuitement. La jurisprudence a fréquemment reconnu la logique de leur attitude et déclaré notamment que la perspective du partage éventuel d'un bénéfice de liquidation ne pouvait remplacer la répartition actuelle des dividendes (1).

Que dire enfin si les mesures proposées pour assurer la sécurité de la société débitrice consistent justement dans l'élimination des parts ? Ne devons-nous pas reconnaître aux porteurs le droit de protester contre une mesure aussi injuste que préjudiciable à leurs intérêts ?

Qu'ainsi, les parts bénéficiaires puissent devenir un véritable fardeau pour une société, c'est là un point qu'il est impossible de nier. Il n'est pas douteux que les porteurs, en raison de la part souvent considérable de gains qu'ils absorbent, sont parfois une gêne au développement et à l'extension des affaires sociales. Comment augmenter le capital, comment émettre des obligations si les porteurs absorbent

(1) Voir C. Paris, 16 juin 1901, D. P., 1902, 2, 40 et S. 1903, 2, 25.

une partie importante des bénéfices pouvant aller jusqu'à 50 % ? Mais s'il est naturel de reconnaître aux actionnaires l'intérêt réel qu'ils ont de chercher à les évincer, partiellement ou totalement, pour libérer les avantages pécuniaires qui leur sont reconnus par le pacte social, soit pour accroître leur propre part, soit pour les employer dans l'intérêt des affaires sociales, il faut reconnaître aussi que celui des porteurs est précisément d'éviter cette éviction et de protester contre elle lorsqu'elle est réalisée en fait.

Nous dirons donc, d'une façon générale, que le porteur de parts, « enclin à sauvegarder le présent aux dépens de l'avenir » (1) s'opposera aux changements apportés à ses droits originaires, tels qu'ils sont définis aux statuts primitifs, que ces modifications intéressent seulement le comput de la masse des bénéfices partageables ou qu'elles tendent à supprimer ou à restreindre les droits qu'il possède sur cette même masse.

Devons-nous blâmer les porteurs de leur attitude vis-à-vis de la société ? Pouvons-nous les blâmer de leurs critiques et de leurs réclamations ? Non ; en ce faisant, ils ne font qu'user normalement de leurs droits de créanciers dans la limite qui leur est tracée par le droit des obligations. Le contrat qui les lie à la société doit être exécuté, il est intangible sans leur consentement et tout défaut d'exécution ou toute violation se traduisent, conformément à l'article 1147 du Code civil, par l'ouverture à leur profit d'une action en dommages-intérêts.

Cependant, il est parfois nécessaire à la société de modifier le pacte social dans certaines de ses clauses qui font en même temps partie du contrat qu'elle a passé avec les porteurs de parts, soit que l'exécution en devienne impossible, soit que quelques modifications utiles à la prospérité sociale deviennent nécessaires. Là aussi, les actionnaires ne font qu'user de leur droit, qui est celui de tous les associés : la liberté de gestion. La société est leur chose et ils peuvent, en se conformant à la législation de la matière, pourvoir à son administration et à ses destinées comme bon leur semble.

Quel est donc le principe dont l'autorité nous permettra de dirimer ce conflit et de concilier les droits respectifs et contradictoires des parties ? Comment garantir les porteurs contre toute atteinte aux

(1) Arrêt précité.

conventions en permettant cependant aux actionnaires de procéder, selon la permission de la loi, aux modifications définitives ou momentanées du pacte social ?

Quelques exemples nous permettront de préciser la façon dont se pose le problème.

#### RÉSERVES EXTRAORDINAIRES ET FONDS DE PRÉVOYANCE.

Il est superflu de vouloir montrer l'utilité des réserves et des fonds de prévoyance. Les circonstances économiques et les influences variées qu'elles peuvent exercer sur le commerce et l'industrie peuvent rendre leur constitution indispensable pour la réussite de la société (1).

Si ces réserves sont prévues aux statuts, les porteurs de parts ne sauraient évidemment être admis à formuler des critiques contre elles, à condition toutefois que la société ait bien donné à ces réserves leur destination statutaire.

Mais que dire d'une délibération de l'assemblée générale des actionnaires décidant, dans le silence des statuts, la constitution d'une réserve extraordinaire ? Serait-elle opposable aux porteurs ? En principe, non, car cette délibération violerait les conventions passées entre ces derniers et la société, une telle réserve ne pouvant être constituée qu'à l'aide de prélèvements effectués sur la masse des bénéfices partageables. Or, comme le dit fort justement M. CHAVEGRIN : « l'assemblée ne peut faire échec à la répartition normale des gains, parce que ce serait amoindrir les droits que les porteurs de parts ont en vertu du contrat » (2). Il n'y a là que l'application de ce principe du droit des obligations que la convention fait la loi des parties.

Dans la doctrine dominante, il faut cependant faire une distinction. La constitution de la réserve extraordinaire est-elle justifiée par les

(1) Voir notamment le jugement du Tribunal de commerce de la Seine du 14 janvier 1893 (*Journal des Sociétés*, 1893, p. 393). Dans cette espèce, l'assemblée générale avait décidé la constitution d'un fonds spécial destiné à compenser les dépréciations produites dans le capital social par les variations du change. Cette délibération fut déclarée opposable aux porteurs de parts (affaire Banque Nationale de Saint-Domingue).

(2) CHAVEGRIN, note au S. 1889, 1, 417.

circonstances, correspond-elle à des « besoins ou à des aléas précis et déterminés » (1), elle est opposable aux porteurs ; sinon elle doit être annulée à leur égard comme violant la convention (2).

En un mot, la possibilité de constituer une réserve extraordinaire, ou un fonds de prévoyance, se ramène à une question d'appréciation. Sans doute, il est des cas où cette opération s'impose, ou son oubli constituerait de la part des administrateurs ou du gérant une faute lourde de gestion. Dans ces cas, les porteurs seraient mal inspirés de venir critiquer cette opération, ce serait aller à l'encontre de leur propre intérêt. Mais tous les cas ne sont pas aussi commodes, l'utilité d'une réserve non prévue aux statuts n'est pas toujours aussi évidente. Voilà donc la société obligée de peser minutieusement les arguments qui militent en sa faveur, et malheur à elle si elle se trompe, ou même, si, sans qu'il y ait erreur de sa part, un seul porteur n'envisage pas la situation comme elle : c'est alors l'explication forcée devant le tribunal, la divulgation des affaires sociales et tout le retentissement qu'une telle procédure peut parfois avoir sur la marche des affaires sociales.

Et que faire à cela ? Faut-il obligatoirement sacrifier l'une des parties à l'autre ? Un remède énergique serait d'interdire toute critique aux porteurs ; mais, outre le caractère peu juridique de cette mesure, ce serait faire litière de leurs droits tout aussi respectables que ceux des actionnaires et les livrer sans défense à la souveraineté de l'assemblée générale. D'un autre côté, reconnaître le droit de critique aux porteurs qui, n'ayant aucun droit de contrôle sur les affaires sociales, ignorent l'opportunité d'une réserve extraordinaire et qui, lorsqu'ils connaîtront la réalité, regretteront peut-être leur geste imprudent, c'est livrer la société à tous les inconvénients de la chicane et de la publicité qui l'entoure, et justement à un moment où par hypothèse elle se prépare à traverser une crise.

Tel est le dilemme dans lequel la question est enfermée. Il montre

(1) LECOUTURIER, *Traité des parts de fondateur*, n° 228.

(2) Voir toutefois le jugement du Tribunal de commerce de la Seine du 26 juin 1925 (*Journal des Sociétés*, 1927, p. 410) reconnaissant la validité de la mise en réserve, non prévue aux statuts, d'une partie des bénéfices annuels. L'annotateur de cette décision proteste avec juste raison contre ce principe. On saisit de suite combien de tels pouvoirs reconnus à l'assemblée générale des actionnaires seraient dangereux pour les droits des porteurs de parts.

amplement l'insuffisance d'un système qui place sa seule ressource dans l'intervention d'une décision contentieuse statuant sur l'opportunité et l'utilité de la réserve extraordinaire envisagée.

C'est au sujet des modifications statutaires que l'on peut relever le plus grand nombre de décisions judiciaires. Depuis la loi du 22 novembre 1913, l'assemblée générale des actionnaires, délibérant conformément aux prescriptions de cette loi, est capable d'apporter au pacte social telle modification que bon lui semble. Il est donc certain qu'une délibération ainsi prise, étant régulière, est opposable en la forme aux porteurs de parts qui ne pourraient pas en poursuivre la nullité (1). Mais il est non moins certain, conformément aux principes généraux de notre droit, que ceux-ci doivent être indemnisés des dommages que sa modification peut leur causer et qu'ils peuvent actionner la société de ce chef (2). Nous n'envisageons, à titre d'exemple, que le cas de la dissolution anticipée.

#### DISSOLUTION ANTICIPÉE.

C'est la mesure la plus préjudiciable aux porteurs de parts, car elle tarit définitivement et prématurément la source de leurs droits. En vain objecterait-on qu'ils peuvent trouver dans le partage du bénéfice de liquidation la compensation de la perte des dividendes espérés, cette remarque est sans portée, car ils seraient tout aussi bien venus au partage lors de la dissolution de la société opérée à l'époque fixée par les statuts et auraient, en plus, touché durant toute son existence leur quote-part de gains sociaux.

D'autre part, elle est, sauf clause spéciale à ce sujet, contraire à l'esprit et à la lettre de la convention. Les porteurs n'ont accepté les titres qui leur étaient offerts qu'en raison des avantages qu'ils pensaient en tirer pendant un espace de temps déterminé qui est celui de la durée de la société telle qu'elle ressort des statuts.

Est-ce dire que la dissolution anticipée, qui, aux termes de l'article 1871 du Code civil, peut toujours être demandée entre associés, sera rendue impossible du fait que la société s'est engagée envers

(1). Consulter VIDAL, *les Rapports entre actionnaires et porteurs de parts dans les sociétés anonymes* (Thèse, Paris, 1924, p. 57 et s.).

(2) Art. 1147 C. C.

ses créanciers à travailler pendant un certain nombre d'années, et que, devant respecter cette convention, elle ne pourra se dissoudre qu'à l'échéance du terme stipulé ? Une telle opinion serait insoutenable ; des circonstances malheureuses peuvent interdire à une société de continuer ses opérations commerciales, soit que celles-ci deviennent impossibles, soit seulement infructueuses. « A l'impossible, nul n'est tenu » dit un vieux brocard, et c'est lui que la jurisprudence applique en cette matière.

Son système est ici le même qu'en matière de réserves extraordinaires : la dissolution anticipée doit être commandée par les circonstances. « En droit, une société qui a créé des parts de fondateur ne peut sans contredit mettre à néant par une dissolution arbitraire les avantages qu'elle a concédés. Mais il ne résulte pas de là qu'elle soit condamnée à prolonger son existence quoi qu'il advienne, pendant tout le temps prévu aux statuts ; la dissolution peut, suivant l'article 1871 C. C., être demandée avant le terme convenu quand il y a de justes motifs », dit la Cour de Cassation (1).

La thèse posée par cet arrêt est la suivante : la dissolution arbitraire, celle qui n'est pas demandée par de « justes motifs », n'est pas opposable aux porteurs de parts (2).

Nous retombons donc là encore dans la même incertitude : l'appréciation des « justes motifs » qui seuls peuvent rendre opposable aux porteurs une décision prise à l'encontre des conventions. Rien ne nous permet d'affirmer que les « justes motifs » de la société seront ainsi appréciés de tous les porteurs sans exception, et là encore il n'y a, en cas de différend, qu'une décision judiciaire qui puisse trancher la difficulté en dernier ressort.

L'existence d'un conflit en cas de dissolution anticipée pure et simple est peu probable, car c'est une mesure qui éteint aussi bien les droits des actionnaires que ceux des porteurs. La fraude n'est

(1) C. Cas., 29 février 1888, S. 1889, 1, 417.

(2) Ce qui ne veut pas dire qu'ils puissent la faire annuler car l'assemblée générale des actionnaires, statuant conformément aux dispositions de la loi de 1913, peut valablement modifier le pacte social et ses délibérations ainsi prises, étant régulières, sont opposables en la forme à tous. Il ne leur resterait donc également que la ressource d'une action en réparation du préjudice que la dissolution arbitraire aurait pu leur causer (*sic* HOUPIIN, *Traité des Sociétés*, n° 456 et s. ; VIDAL, *op. cit.*, p. 72).

donc pas à craindre, bien qu'elle puisse se rencontrer (dissolution anticipée suivie de reconstitution immédiate de la société, moins les porteurs). Dans la majorité des cas, il y a donc lieu de penser que c'est contraints par les circonstances que les actionnaires ont dû dissoudre leur société, et qu'une action en dommages-intérêts des porteurs aurait peu de chance d'aboutir.

Il n'en est pas de même lorsque la dissolution anticipée est suivie de fusion ou de cession d'actif ; les problèmes soulevés par ces opérations sont plus délicats et leur importance pratique est plus grande aussi.

Il faut admettre qu'une société peut valablement se dissoudre prématurément pour fusionner avec une autre, lorsque c'est l'intérêt bien compris des affaires sociales, par exemple, pour éviter une concurrence redoutable en fusionnant avec l'établissement concurrent, ou seulement pour bénéficier des avantages économiques de la formule moderne d'intégration des entreprises.

Cependant, cette opération, tout comme la dissolution anticipée pure et simple, est contraire aux conventions passées avec les porteurs, et elle est d'autant plus critiquable que, le plus souvent, la société absorbée est *in bonis* et que, faite dans le seul but de développer les affaires sociales, elle n'est pas toujours imposée par les circonstances. Comment donc concilier les intérêts légitimes, mais contradictoires des parties ?

Si la fusion se justifie par des circonstances d'une gravité reconnue, lorsqu'elle est la seule manœuvre susceptible de sauver la société, les porteurs ne pourront rien réclamer, comme dans le cas de dissolution simple basée sur des « justes motifs ». Les deux situations sont semblables (à cela près toutefois que, dans le cas de fusion, les intérêts des actionnaires sont sauvegardés) et soulèvent les mêmes difficultés quant à l'appréciation de la réelle valeur des motifs de dissolution indiqués par la société absorbée.

La fusion peut encore se justifier d'une autre manière : lorsqu'elle est faite « dans l'intérêt collectif des actionnaires et des porteurs de parts ». Par cela, il faut entendre une dissolution suivie de fusion (ou de cession d'actif) opérée de telle façon que les porteurs se trouvent faire partie, soit de la société absorbante, soit de la société nouvelle ; ce qui laisse supposer que la société absorbée a mis comme condition à l'opération l'attribution de certains avantages à ses

porteurs en rémunération de ceux qu'ils perdent du fait de sa liquidation. Dans ce cas, faute d'intérêt, les porteurs ne sauraient se plaindre. Encore faut-il pour qu'il en soit ainsi que les avantages nouveaux qui leur sont accordés soient analogues, ou tout au moins d'égale importance, aux anciens.

On voit de suite les conflits qui peuvent surgir à ce propos entre la société dissoute et ses porteurs, car, remarquons-le bien, ceux-ci n'ayant pas voix aux assemblées générales, c'est la société seule qui fixe la nature et l'importance des avantages qui leur seront octroyés en remplacement et qui les discute avec la société absorbante ou les fondateurs de la nouvelle société. On voit donc se produire en fait une novation par changement de débiteur sans l'acceptation du créancier. Il n'est pas étonnant qu'une telle opération puisse susciter des dissentiments (1).

Bien d'autres conflits pourraient nous fournir des exemples tout aussi utiles et intéressants : rachat des parts, conversion, etc. Pour ne pas sortir des limites de notre étude, nous nous en tiendrons là.

De nombreux articles et d'importants ouvrages se livrent à l'examen détaillé des rapports entre actionnaires et porteurs de parts bénéficiaires ; nous en avons fait maintes fois usage (2).

(1) Voir les arrêts cités par M. LECOUTURIER, *op. cit.*, n° 260.

Parmi la jurisprudence récente : Tr. civ. Seine, 13 juin 1927, *Journal des Sociétés*, 1928, p. 568 et la très intéressante note de M. CORDONNIER.

Il n'y a pas de règles fixes pour déterminer le quantum de dommages-intérêts à allouer aux porteurs. On admettait la liberté d'appréciation des Tribunaux saisis de la demande : COPPER-ROYER, *les Sociétés anonymes*, t. II, n° 468 ; PIC, *les Sociétés commerciales*, t. III, n° 1726 et les arrêts cités ; HOUPIIN, *Traité des Sociétés*, t. I, n° 468 ; LECOUTURIER, *op. cit.*, n° 313. Il sera maintenant à débattre entre la société et l'assemblée générale des porteurs de parts (ou ses représentants).

(2) Voir notamment les ouvrages spéciaux : Rodolphe ROUSSEAU, *Etude sur les parts de fondateur* (1899) ; MAZAS, *les parts de fondateur* (Thèse Grenoble, 1901) ; LECOUTURIER, *Traité des parts de fondateur* (1903) ; Pierre VIDAL, *les Rapports des actionnaires et des porteurs de parts de fondateur dans les sociétés anonymes* (Thèse Paris, 1921) ; — les traités généraux, entre autres : HOUPIIN, *Traité des Sociétés*, n° 426 et s. ; COPPER-ROYER, *les Sociétés anonymes*, t. II, p. 310 et s. ; THALLER et PIC, *les Sociétés commerciales*, t. III, p. 373 et s. ; et les nombreux et intéressants articles de M. HOUPIIN au *Journal des Sociétés* ; voir également dans le même périodique les articles de MM. BOUSQUET, WAHL, LECOUTURIER, BOSVIEUX, DECUGIS et CORDONNIER..

La conclusion à tirer de ces quelques exemples est qu'il est impossible à une société de fixer dans une formule définitive le régime des parts de fondateur créées par elle. On dit souvent, avec raison, que celles-ci sont liées au sort de la société ; ce sort est lui-même incertain, pourquoi voudrait-on que celui des parts bénéficiaires soit à l'abri de toute fluctuation ?

Tous les mouvements dont est agitée la société se répercutent sur les parts dont le régime normal, celui prévu originairement aux statuts, peut être rendu impossible par les circonstances économiques. A ce moment, il appartient, tout en ménageant les droits des porteurs, de le modifier et de l'amener à concorder avec la situation de la société. Les conflits d'intérêts que nous avons signalés naissent précisément de son immutabilité, immutabilité dont les porteurs cherchent à profiter, mais funeste aux intérêts sociaux. La solution ne peut donc en être cherchée que dans une organisation des modifications à lui imposer, que dans une organisation, la plus équitable possible, des rapports entre actionnaires et porteurs de parts.

## Section II. — Utilité du groupement des porteurs pour la société.

Dans l'état de notre législation avant 1929, cette organisation n'existait pas. Le contrat qui liait les parties ne pouvait recevoir de modification si minime fût-elle qu'en se conformant aux principes généraux. Or, le droit civil ne connaît qu'un moyen de modifier une convention, c'est par « le consentement mutuel des parties, c'est-à-dire par un nouvel accord de volonté détruisant les effets du premier, par un *mutuus dissensus* (1) ».

Obtenir l'assentiment des actionnaires, ou plus exactement de la majorité des actionnaires dont l'avis constitue l'expression de la volonté sociale, est chose facile : il suffit d'une assemblée générale ordinaire ou extraordinaire, suivant le cas. Parfois même, le conseil d'administration sera capable d'obliger ses mandants (notamment en matière d'amortissements).

Par contre, il est pratiquement impossible d'obtenir le consentement de tous les porteurs. Plusieurs raisons s'y opposent. C'est

(1) A. COLIN et CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II.

d'abord l'impossibilité de réunir la personne même des porteurs. Comment porter à leur connaissance les désirs de la société ? On ne peut compter sur les convocations individuelles ; en général, la société débitrice ignore leurs noms, les titres ayant le plus souvent la forme au porteur. Par insertion dans la presse ? Il n'y a aucun bon résultat à attendre de ce mode de convocation, car dès que les titres sont un peu répandus, il est loin de toucher tous les porteurs ; il faudrait employer les journaux à grand tirage, mais leur nombre même dans les grands centres rend le procédé ruineux sinon impossible (1).

Admettons même que nous ayons, contre toute attente, réussi à rassembler tous les propriétaires de parts bénéficiaires. Il faut maintenant obtenir le consentement de l'unanimité, car, à défaut d'une stipulation expresse, ce qui supposerait l'existence d'une convention préalable, ou d'une prescription légale, la majorité ne saurait lier les dissidents, non plus que les absents. Cette unanimité est impossible à obtenir. L'opposition d'un seul porteur suffit à faire échouer l'assemblée (2).

Entendons-nous : la mesure proposée par la société serait opposable à tous ceux qui l'auraient acceptée expressément. Seuls les dissidents, et aussi les absents non représentés, conserveraient la plénitude de leurs droits. Ce serait là une demi-mesure nullement satisfaisante et qui, sans donner à la société le résultat qu'elle cherchait, ne ferait que scinder l'ensemble des porteurs en deux masses possédant des droits dissemblables, ce qui pratiquement est une complication qu'il est bon d'éviter.

Si encore le nombre des dissidents était de faible importance, mais il est bien probable qu'il n'en sera pas ainsi. Les réunions de toute nature présentent fréquemment ce phénomène d'entraînement produit par celui qui est assez hardi — ou assez présomptueux — pour élever la voix dans une assemblée et critiquer à tort ou à raison les propositions qui y sont présentées. Celui-là est bien vite soutenu de tous les hésitants, surtout s'il parle à leur intérêt pécuniaire.

(1) D'ailleurs, comment toucher les parts dont le propriétaire ne saurait être désigné, comme c'est le cas pour celles comprises dans les successions litigieuses ? Il faut aussi tenir compte des titres perdus.

(2) La présence fréquente d'incapables parmi les porteurs est aussi un obstacle insurmontable à l'obtention de l'unanimité lorsque les modifications à apporter au régime des parts nécessitent la capacité de disposer,

Il y a là une situation analogue à celle de la liquidation amiable ou de l'ordre consensuel. L'opposition d'un seul créancier de quelque importance qu'il soit, suffit à faire échouer une combinaison intéressante et ayant déjà reçu l'approbation des principaux créanciers. Seulement, dans ces cas, le débiteur peut reprendre la combinaison devant les mêmes créanciers, organisés cette fois. C'est la liquidation judiciaire ou l'ordre judiciaire. Or, c'est justement une pareille organisation qui manque entre actionnaires et porteurs de parts bénéficiaires.

Pratiquement, nous pouvons donc dire qu'il est impossible de songer à modifier la convention en usant des règles légales édictées à ce sujet.

Cependant des modifications ont dû se produire dans les statuts de certaines sociétés. Comment ont-elles donc procédé ? Il y a en effet un moyen d'y parvenir, si l'on peut donner ce nom au procédé suivant. Les porteurs de parts ne pouvant s'ingérer dans l'administration de la société et ne pouvant faire annuler les délibérations rendues conformément à la loi, il suffira de les placer devant le fait accompli. Que pourront-ils alors ? A supposer qu'ils élèvent des critiques, ce qui ne se produira pas toujours, tant est grande parfois la force d'inertie, voire l'ignorance du public en matière de société, ils ne pourront dans la plupart des cas que demander des dommages-intérêts. Cette éventualité est évidemment susceptible de remettre les choses en état, ces dommages-intérêts consistant justement dans la réparation du préjudice subi, du *lucrum cessans*, donc dans la réintégration des porteurs dans leurs droits.

Mais encore faudra-t-il pour que les porteurs réussissent dans leur action que la société ne parvienne pas à prouver qu'elle a agi ainsi en raison d'une cause étrangère qui ne pouvait pas lui être imputée. Nous avons vu, dans les exemples donnés au cours de ce chapitre, plusieurs applications de cet argument. Les recueils de décisions judiciaires contiennent de nombreux procès où la société prétend avoir eu de « justes motifs » à faire ce qu'elle a fait (1).

(1) Il faut en plus tenir compte d'une clause spéciale qui se rencontre fréquemment dans les statuts : c'est celle par laquelle les porteurs de parts s'engagent à ne pas critiquer les décisions des assemblées générales. Dans ce cas, ils ne peuvent avoir de recours contre la société que s'il y a eu abus du droit. Nous reviendrons plus bas sur cette clause dont il convient de suite de remarquer le

Il n'est pas besoin de faire remarquer les inconvénients de ce procédé, si tant est qu'il en soit vraiment un. Outre son caractère peu équitable, il présente le grave défaut d'imposer à la société l'attente d'une situation difficile, sinon définitivement obérée, pour pouvoir arguer des « justes motifs » qui seuls lui permettront de résister à la demande réparatrice des porteurs. Ensuite, il nécessite de toute façon une décision judiciaire qui estimera souverainement la qualité des circonstances invoquées par la société et dont l'appréciation varie inévitablement avec l'intérêt des parties.

Avant d'en arriver à cette extrémité, fâcheuse pour tous, ne vaudrait-il pas mieux opérer en temps utile toute modification de la convention, tout changement susceptible d'assurer la sage administration des affaires sociales ? « Il vaut mieux prévoir que guérir », dit le proverbe ; il vaut mieux, lorsqu'on prévoit un danger, prendre toutes les dispositions pour chercher à l'éviter, même s'il n'y a pas péril en la demeure et même si les dispositions prises doivent apparaître plus tard comme inutiles. Lorsqu'un débiteur est momentanément gêné, il cherche ses créanciers, s'abouche, « cause » avec eux, leur explique sa situation et, leur montrant de quel côté se trouve leur véritable intérêt, les amène à une transaction favorable à tous.

Il faut donc chercher à assurer à une société l'emploi, avec cette catégorie de créanciers qu'est l'ensemble de ses porteurs de parts, de cette procédure. Pourquoi si simple lorsqu'il s'agit d'un particulier, devient-elle impossible entre actionnaires et porteurs ? Nous avons vu que cela tenait à la difficulté de réunir ces derniers ; nous avons vu également que pour être efficace, il ne doit émaner de leur réunion qu'un seul avis opposable à tous.

La solution des conflits ne peut donc être cherchée que dans la création d'un organisme groupant l'ensemble des porteurs de parts et capable de prendre, à la majorité, des décisions qui seront opposables aux absents, aux dissidents et aux incapables. Ce groupement organisé, il n'y aura plus en présence, dans la solution des difficultés que pourra soulever l'emploi des parts, que deux volontés : celle de la société et celle du groupement des porteurs. Rien n'empêchera donc plus cette fois le jeu du droit commun.

danger si la société débitrice n'est pas entièrement de bonne foi dans ses rapports avec les porteurs,

### Section III. — Utilité du groupement pour les porteurs.

Dans ces conflits entre actionnaires et porteurs de parts, nous avons jusqu'à maintenant montré quels étaient les droits des parties en présence ; il nous reste à dire quelques mots de la position de chacune d'elles.

Dans les rapports juridiques, comme en stratégie, la position occupée a une importance capitale. Ainsi, il vaut mieux, dans la plupart des cas, s'assurer la situation de défendeur que celle de demandeur ; c'est ainsi également que les actions patronales en dommages-intérêts n'aboutissent qu'à des succès platoniques, tandis que la caisse de l'employeur est toujours là pour répondre à celles des syndicats ouvriers. Il existe même, dans le vocabulaire juridique, une expression spéciale pour désigner les conventions lorsqu'elles sont passées entre deux parties dont l'une est dans un état d'infériorité telle qu'elle est obligée d'accepter sans discussion possible les propositions de son co-contractant : c'est le « contrat d'adhésion ».

Les actionnaires, masqués derrière la personnalité morale de leur société, jouissent, grâce à la loi de 1867 et à leurs statuts qui en sont le complément, d'une organisation solide qui leur assure, vis-à-vis des porteurs de parts, une position puissante dont les avantages peuvent brièvement se traduire à plusieurs points de vue.

a) *Au point de vue du groupement.* — Périodiquement réunis en assemblées générales (1), les actionnaires peuvent de cette façon prendre contact et entrer en rapport les uns avec les autres. De plus, ces assemblées, soumises à la loi de la majorité, leur permettent de substituer à la poussière des volontés individuelles une volonté unique qui leur assure, à la fois, l'unité de décision et l'unité d'exécution.

b) *Au point de vue des pouvoirs de la majorité.* — Mais c'est surtout les pouvoirs donnés à l'assemblée générale qui doivent retenir notre attention, car ils sont allés sans cesse en augmentant et la loi de 1913

(1) L'assemblée générale ordinaire des actionnaires doit être convoquée au moins une fois l'an (art. 27 nouveau de la loi de 1867).

leur a conféré le maximum d'étendue en y faisant entrer la connaissance de toute modification statutaire (sauf toutefois deux exceptions).

A charge de respecter les conditions édictées par l'article 34 (nouveau) de la loi de 1867 pour la validité de ses délibérations, l'assemblée générale peut, par son vote, rendre opposable, en la forme, aux porteurs toute modification statutaire. Or, si l'on se souvient que le contrat qui les lie à la société fait partie intégrante du pacte social, qu'ainsi il peut être modifié en la forme par la volonté d'un seul des co-contractants, par la société en l'espèce, nous voyons de suite que la situation de cette dernière est favorisée par les pouvoirs que lui reconnaît la loi.

On objectera, il est vrai, que par application des principes généraux, l'inexécution frauduleuse ou abusive d'une convention se traduit par l'ouverture d'une action en dommages-intérêts au profit de la partie lésée (1). Mais c'est là, dans l'esprit de notre législation, une exécution « par équivalent », c'est une sorte d'exception et l'on peut hésiter à la transformer en cas général.

D'ailleurs, il faut aller plus loin. La société s'est attaquée à ces principes généraux et a réussi à en annihiler le jeu dans de nombreux cas. Les statuts interdisent souvent aux porteurs de s'opposer à certaines modifications statutaires, voire même aux délibérations de l'assemblée générale. La portée de cette clause a été discutée (2), mais en fait elle met obstacle au plus grand nombre des actions susceptibles d'être intentées par les propriétaires de parts. La société se dissout-elle ? Elle utilisera la clause comme fin de non recevoir à l'action en dommages-intérêts de ses porteurs.

Cette pratique constituait donc un gros danger pour ces derniers, car son application ne pouvait être écartée qu'en cas de fraude ou d'abus ; comme toutes les clauses conventionnelles, on avait fait remarquer qu'elle devait être exécutée de bonne foi : « toutes les fois que l'assemblée générale prend sans nécessité une résolution qui est de nature à porter atteinte aux droits des porteurs », dit M. LECOUTURIER, il y aura abus de sa part ; et il ajoute : « Cette résolution

(1) Consulter HOUPIŒ, n<sup>os</sup> 456 et 462 ; VIDAL, p. 59 et s.

(2) WAHL voulait lui donner un sens absolu (*Journal des Sociétés*, 1897, p. 242). M. HOUPIŒ est, avec juste raison, d'avis contraire (*op. cit.*, n<sup>o</sup> 463). Voir également LECOUTURIER, n<sup>o</sup> 175 et s. ; COPPER-ROYER, n<sup>o</sup> 469.

ne sera à l'abri des critiques de ces derniers qu'autant qu'elle sera justifiée par des motifs légitimes (1) ».

Quoi qu'il en soit, cette clause était préjudiciable aux droits des porteurs, malgré les palliatifs apportés ; non seulement elle les faisait retomber dans cette incertitude, que nous retrouvons tout le long de la matière des parts de fondateurs, de l'appréciation des « justes motifs » et dans les conséquences déplorables auxquelles cette incertitude conduit, mais en plus elle les obligeait à occuper dans les différends avec la société la position de demandeur et comme tels, à supporter le fardeau de la preuve (chose fort délicate pour les porteurs exclus du contrôle de la gestion sociale (2)).

c) *Au point de vue du contrôle des affaires de la société.* — Dans ces assemblées générales, le législateur veut que les actionnaires soient instruits de tout ce qui touche les affaires sociales. Les rapports du Conseil d'administration et des Commissaires de surveillance, les explications qu'ils peuvent provoquer, la discussion générale qui peut s'en suivre, les documents sociaux mis à leur disposition, tout ceci doit — dans l'esprit de la loi — concourir à les tenir constamment au courant de la situation de la société.

En un mot, cette organisation doit permettre aux actionnaires de savoir où est leur intérêt et de décider pour le mieux de celui-ci. Si, devant une situation obérée, ils sont obligés de sacrifier tout ou partie de leurs avantages présents, le souci du législateur a été de chercher à leur assurer la connaissance exacte des faits qui exigent ce sacrifice.

Voyons maintenant quelle était, avant 1929, la position des porteurs de parts devant l'organisation sociale des actionnaires.

En sa qualité de créancier, le porteur peut réclamer l'exécution intégrale du contrat qui le lie à la société, ainsi que nous l'avons vu dans notre section précédente. Il semble donc que sa position soit aussi solide que celle de tout créancier.

En réalité, cette situation est précaire. Ce caractère provient, d'une part, de ce que son droit de créance trouve son fondement dans le pacte social et, d'autre part, de ce qu'il ne porte que sur une chose éventuelle : les bénéfices sociaux.

(1) LECOUTURIER, n° 186,

(2) Voir *infra*,

De ce que le fondement du droit de créance de la part réside dans le pacte social découlent de nombreux inconvénients que nous avons déjà exposés en résumant les pouvoirs considérables qu'ont les actionnaires lorsqu'ils sont réunis en assemblée générale extraordinaire. « N'est-il pas à craindre que ceux-ci n'abusent de leurs pouvoirs pour restreindre arbitrairement et même pour supprimer les prérogatives que les porteurs de parts tiennent du contrat ? (1) » Les quelques exemples de conflit que nous avons donnés plus haut montrent que cette crainte n'était pas chimérique.

Le caractère éventuel de la créance du porteur présente des inconvénients tout aussi graves. Sa quotité est déterminée par le débiteur lui-même, par l'assemblée générale des actionnaires qui fixe la masse des bénéfices partageables après les divers prélèvements qu'elle ordonne. Le porteur est obligé de s'en remettre à son appréciation, étant exclu de la critique de la gestion sociale (nous avons vu que la société était à peu près souveraine pour la détermination des réserves extraordinaires. Il en est de même pour les amortissements (2).

Les porteurs voient donc leurs droits à la discrétion de l'assemblée générale. C'est à eux à se défendre.

C'est cette défense qui est la caractéristique de la situation des porteurs. Sont-ils au moins en bonne posture pour l'assurer ? Nous allons voir que non. Elle présente en effet les deux traits suivants :

a) *Elle est individuelle.* — Privés de tout contact entre eux, les porteurs ne se connaissent pas, chacun d'eux est un isolé. Seul il doit décider et agir, c'est lui seul qui intente l'action, en son nom et à ses frais (lesquels ne sont souvent pas en proportion avec l'intérêt pécuniaire en cause) et c'est lui seul également qui bénéficie de la décision intervenue sur sa demande.

Cet isolement a de gros inconvénients. Pour le porteur instruit, capable et agissant, il le prive de cette force et de cette sécurité qui sont les effets de l'union, et peut le faire hésiter devant l'importance des frais à avancer. Il est néfaste au porteur ignorant des affaires, qui sera inévitablement frustré, de même qu'au faible et à l'indécis

(1) LECOUTURIER, *op. cit.*, p. 121.

(2) Sur le droit des porteurs à la participation aux bénéfices et sur sa détermination, voir HOUPIŒ, t. I, n° 446 ; et COPPER-ROYER, t. II, n° 453.

qui hésiteront devant les tracasseries de la procédure ou seulement devant l'initiative à prendre. A ces derniers surtout l'union est indispensable pour les faire profiter de la capacité du premier et pour les faire sortir de leur torpeur et de leur inertie.

b) *Elle est aveugle.* — Nous touchons là à l'aspect le plus bizarre de la situation des porteurs de parts. Contrairement aux actionnaires, et sous le prétexte qu'ils ne sont que créanciers (1), tout droit de contrôle personnel leur était refusé. Les statuts les écartaient généralement des assemblées d'actionnaires et tout le monde était d'accord pour leur interdire de prendre connaissance des livres sociaux.

Créanciers d'une somme éventuelle, comment sauront-ils si la fixation de leur quote-part de bénéfices a été faite correctement ? Partie à un contrat dont la société a le pouvoir de modifier certaines clauses, comment sauront-ils si telle modification statutaire votée par elle ne l'a pas été en fraude de leurs droits ?

Cette situation n'était pas logique. Qu'on refuse aux créanciers d'une somme fixe le droit d'ouvrir les livres sociaux, qu'on le refuse même à l'employé intéressé qui est uni au patron par des liens de subordination, c'est compréhensible. Mais qu'on le refuse aussi aux porteurs de parts, simples créanciers d'une somme à déterminer par le débiteur, c'est exagéré. Comment pourront-ils se rendre compte si cette détermination a eu lieu équitablement et si elle est conforme à la lettre et à l'esprit de la convention ? (2).

Dans une première opinion (3), le seul droit que l'on pouvait reconnaître aux porteurs était d'actionner la société pour demander au Tribunal la nomination d'un expert avec mission de vérifier les livres sociaux. Mais dans une autre, plus libérale et qui a prévalu, ils pouvaient actionner la société en reddition de compte et réclamer la communication de divers documents (bilan, inventaires, procès-verbaux des délibérations) (4).

(1) Ce qui n'était d'ailleurs qu'un prétexte, car ce droit leur était refusé même lorsqu'on les considérait comme des associés.

(2) VIDAL, p. 54, et LECOUTURIER, n° 303.

(3) WAHL, *Journal des Sociétés*, 1897, p. 253 ; HOUPIŒ, (3<sup>e</sup> édit.), n° 400.

(4) LECOUTURIER, n° 123 ; voir également HOUPIŒ (5<sup>e</sup> édit.), n° 466,

Dans l'un ou l'autre système, le résultat était le même. Le seul moyen de contrôle mis à la disposition du porteur était l'ajournement. Sa demande était accueillie ou rejetée, mais dans un cas comme dans l'autre, on peut dire qu'il gagnait son procès. Dans le premier cas, on rectifiait les comptes, on annulait telle délibération, on lui allouait tels dommages-intérêts ; dans le deuxième, la décision en le déboutant lui prouvait qu'il n'avait réellement pas été lésé.

En résumé, la position procurée aux porteurs par le droit commun était donc nettement défavorable et d'autant plus dangereuse qu'ils avaient affaire à un adversaire redoutable par son organisation et par ses pouvoirs.

Il pouvait seulement y être remédié par l'emploi de la formule déjà maintes fois utilisée en pareille circonstance et dont l'exemple le plus typique est celui des syndicats ouvriers, groupant dans leur sein des individus qui, comme eux liés par des contrats d'adhésion, ne prennent conscience de leur force que par l'union.

Ici, comme plus haut, nous arrivons donc à la même conclusion : la nécessité d'un groupement des porteurs de parts qui puisse en les réunissant leur faire prendre contact et assurer leur représentation effective.

Le problème du groupement des parts de fondateur peut donc s'envisager de deux points de vue différents.

Du point de vue de la société : l'isolement des porteurs lui est une gêne considérable lorsqu'elle éprouve sous la pression des conditions économiques le légitime besoin de modifier le contrat original qui les unit. De plus, il la met sous le coup d'une quantité d'actions individuelles basées sur la même cause, qui sont une perte de temps et un gaspillage de force inutiles.

Du point de vue des porteurs, pour qui l'isolement en face de la société constitue un véritable danger : seule leur union peut mener à bien la tâche délicate d'organiser leurs rapports avec les actionnaires autrement que par l'intermédiaire des décisions judiciaires. Car nous avons vu, au cours de cet exposé, que dans l'état du droit antérieur à 1929, la seule ressource était la solution judiciaire. Tout dans la matière des parts bénéficiaires est sujet à procès et il suffit d'ouvrir un recueil de jurisprudence pour se rendre compte que les parties en présence ne s'en sont pas privées.

L'organisation de ces rapports par le groupement des porteurs était donc un problème relativement aisé puisque sa solution présente autant d'avantage pour l'une des parties que pour l'autre. Aucun conflit ne pouvait surgir au sujet du choix de cette solution, et en fait nous verrons qu'elle fut acceptée unanimement.

Mais toutes les difficultés n'étaient pas encore levées. Quelle forme allait-on donner à ce groupement ? C'est cette importante question que nous allons étudier dans le chapitre suivant.

---

## CHAPITRE II

### LES FORMULES CONVENTIONNELLES DE LA PRATIQUE

Devant les difficultés auxquelles se heurtait l'application du droit commun à la matière des parts bénéficiaires, difficultés qui, ainsi que nous l'avons vu, provenaient de la dissémination des porteurs, la pratique, s'inspirant des idées nouvelles préconisées principalement depuis 1875 au sujet de la défense des droits des obligataires, créa sous des noms variables (société civile, association, syndicat de défense...) des organismes groupant l'ensemble des porteurs de parts et dont l'emploi devait pallier les inconvénients que nous connaissons.

Plus encore qu'en matière d'obligations, la réunion des porteurs de parts est nécessaire : « à raison de la connexité des intérêts et de l'étroitesse des liens qui unissent les porteurs à la société émettrice, ainsi que des dangers, fréquemment révélés par l'expérience, de l'absence d'un organisme centralisant l'exercice de leurs droits individuels (1) ». Nous avons suffisamment montré dans le chapitre précédent le bien fondé de cette assertion.

Quoi qu'il en soit, il y a un parallélisme évident entre les associations d'obligataires et les associations de porteurs de parts. Toutes deux sont des institutions créées par la pratique des affaires. Comme on l'a justement dit à propos des premières, « c'est un des exemples les plus typiques de l'influence de la coutume sur le droit écrit. Le législateur, en effet, quelque génie qu'il possède, ne peut avoir sur les besoins d'une civilisation que des aperçus nécessairement bornés. La pratique financière, l'évolution commerciale et beaucoup

(1) BOSVIEUX, article au *Journal des Sociétés*, 1924, 257.

d'autres forces économiques que nous n'avons pas à énumérer ici, sont autrement fécondes que lui. Elles créent d'elles-mêmes et lui imposent des organismes qu'il se voit tôt ou tard contraint d'adopter (1) ».

Bien que n'ayant pas été créés en vue d'un but identique, ces deux groupements n'en procèdent pas moins du même principe. Tous deux sont une réaction contre l'esprit trop individualiste du Code civil. Leur principe étant commun, leur étude présente une certaine analogie.

Répondant à un besoin réel, les unions de porteurs furent unanimement appréciées. Malheureusement, dans le silence des textes, des difficultés n'ont pas manqué de s'élever à leur sujet. Quelle était leur véritable nature juridique ? Partant, quels étaient leurs droits vis-à-vis de leurs membres et de la société émettrice ? Questions primordiales qui, avant d'être tranchées souverainement par la loi du 23 janvier 1929, ont été résolues de diverses façons. Ainsi que le disait M. LEVASSEUR à la Chambre des députés, « faute d'un texte législatif fixant au moins certains éléments du problème, il n'y a pas unité de doctrine et de nombreux conflits se sont manifestés (2) ».

C'est à l'étude des diverses théories émises à ce propos que nous allons nous livrer actuellement. Outre qu'elle nous permettra d'apprécier le concept directeur du législateur, tout intérêt pratique n'en a pas disparu depuis la loi précitée qui, dans son article 14, 1<sup>o</sup>, tout en déclarant ses dispositions applicables aux parts créées avant sa promulgation, réserve le cas où elles seraient déjà soumises « à un mode de représentation collective vis-à-vis de la société émettrice ». Bien que le même article accorde aux groupements ainsi antérieurement constitués la faculté de se soumettre à la loi nouvelle « en délibérant dans la forme prévue à leur acte constitutif », il faut prévoir le cas où un tel groupement, refusant la faculté accordée, préférerait rester sous la loi de ses statuts primitifs (3).

(1) BOUCHE, *Des groupements d'obligataires* (Thèse Paris, p. 29).

(2) Rapport à la Chambre des députés. Annexe de la séance du 2 juillet 1927 (*Journal officiel*, documents parlementaires, Chambre, 1927, n<sup>o</sup> 4793).

(3) On nous reprochera sans doute d'avoir donné trop d'importance à ce chapitre. Malgré la réserve qui lui a servi d'introduction, les systèmes de groupements édifiés par la pratique et les critiques qui leur ont été adressées vont bientôt rentrer dans le domaine de l'histoire.

Cependant, nous croyons ne pas avoir eu tort. Ce chapitre a son entière uti-

## Section Première. — Société ou association ?

Bien que tard venues sur la scène économique, les unions de porteurs de parts ont été mêlées à tous les mouvements dont a été agité le domaine des associations, au sens général du terme. Et plus que tout autre, elles en ont souffert du fait de la lenteur que le législateur a apportée à leur réglementation.

Avant de chercher la réponse au titre de notre première section, nous devons tout d'abord exposer brièvement l'histoire des unions de porteurs de parts.

Au lendemain de la promulgation de nos codes, les associations, *lato sensu*, étaient régies par deux textes : l'article 1832 du Code civil et l'article 291 du Code pénal, le premier issu des auteurs de l'ancien droit, le second des conceptions et des craintes révolutionnaires.

L'article 291 du Code pénal, dans ses termes absolus, était formel : quel que fût son objet ou son but, l'association était interdite. Il semble bien qu'en interprétant logiquement ce texte, il eut fallu l'appliquer aux sociétés elles-mêmes, et du fait que celles-ci furent toujours tenues en marge de l'article 291, il faut conclure que les associations s'étaient définitivement scindées en deux groupes, société et association, *stricto sensu*, obéissant à des règles différentes, civiles pour la première, pénales pour la seconde, et évoluant séparément.

Sous l'influence de la méthode d'interprétation littérale adoptée par les premiers commentateurs du Code civil, le concept de la société ne tarda pas à se modifier. L'évolution en fut lente, mais continue, et elle remplit tout le XIX<sup>e</sup> siècle.

D'arrêt en arrêt, d'auteur en auteur, se dégage peu à peu le concept, plus étroit que celui de nos anciens auteurs, d'une société où domine l'idée de la réalisation de bénéfices positifs matériellement parta-

lité. De nos jours le législateur, accaparé par sa besogne politique journalière, ne crée pas de lois de sa propre initiative, mais il cède aux sollicitations.

Comment le législateur de 1929 a-t-il tenu compte de ces dernières, dans quel sens a-t-il cédé, comment a-t-il utilisé les matériaux qui lui étaient offerts, autant de points importants qui ne peuvent être élucidés qu'à la condition de mettre sous les yeux du lecteur un tableau bref, mais pourtant suffisant, de l'état du droit antérieur à la loi de 1929.

geables. Petit à petit, le domaine de la société se rétrécit, abandonnant au dehors certains groupements qui ne réalisaient pas parfaitement ce concept, comme les assurances mutuelles, les tontines et notamment les unions destinées à faire réaliser des économies ou à défendre des intérêts communs dans lesquelles on classait les groupements de porteurs de parts ou d'obligations.

Que fallait-il faire alors de ces groupements pour la plupart nouveaux, issus de conditions économiques et sociales nouvelles ? Des associations ? C'eût été logique, mais le sort qui leur était réservé par l'article 291 était trop médiocre : même les associations autorisées n'avaient qu'une vie juridique restreinte, à défaut de la personnalité morale qui ne pouvait leur être concédée que par décret du chef de l'Etat. On ne pouvait donc pratiquement songer à les faire rentrer dans le cadre de l'association.

Comme il fallait cependant leur donner un statut, deux mouvements se sont dessinés. L'un législatif ; cédant lentement à la pression des réalités économiques et sociales, le législateur reconnut par des lois d'espèces la validité de certains d'entre eux et leur assura les moyens de réaliser leur but : ce sont les lois de 1867 (assurances mutuelles, tontines et coopératives), de 1884 (syndicats professionnels) du 9 avril 1888 (syndicats de Chambres de commerce), du 1<sup>er</sup> avril 1888 (sociétés de secours mutuels), et celles plus récentes des 18 décembre 1915 et 7 mai 1917 (sociétés coopératives ouvrières). L'autre, doctrinal et jurisprudentiel, tendant à reconnaître entre la société et l'association un troisième domaine, celui du « contrat innomé » dans lequel on fit rentrer pêle-mêle, au nom de la liberté des conventions, les groupements à caractère économique ne bénéficiant pas d'un statut légal spécial et en les soumettant pour le surplus aux règles du contrat de société (1).

Cette théorie du contrat innomé présentait de gros inconvénients : bien que répondant de la validité juridique des groupements qu'elle envisageait, elle ne les mettait pas à l'abri de l'application de l'article 291 (2) ; de plus elle créait entre la société et l'association un champ sans limites précises.

(1) GUILLOUARD, *Traité du contrat de société*, nos 55 et 69. Voir également les articles de MM. Hubert VALEROUX et Louis DURAND (*Revue des Sociétés*, 1897, p. 316 et 376).

(2) GUILLOUARD, *op. cit.*, n° 69.

Sur ces faits survint la loi du premier juillet 1901. L'abolition de l'article 291 était depuis longtemps réclamée et depuis longtemps attendue : au cours du XIX<sup>e</sup> siècle, nous avons vu le législateur lui-même se départir de sa rigueur au profit de certaines associations auxquelles il daignait accorder un statut. L'article 2 de cette loi devient l'aboutissant logique de cette évolution : contrairement à l'article 291 « les associations de personnes pourront se former librement sans autorisation ni déclaration préalables ». Envisagée du point de vue du droit pénal, la loi de 1901 a donc une importance considérable ; elle entend autoriser, à l'exception toutefois des congrégations religieuses, toutes les formes que peut revêtir une collectivité, elle pose pour principe la licéité de tous les groupements.

Mais au point de vue plus restreint de la législation civile, elle devait également avoir une grave répercussion. La définition du contrat de société (art. 1832 C. C.) est symétrique à celle du contrat d'association (art. premier de la loi du 1901) et toutes deux s'opposent. Faut-il en conclure que le domaine de la société et celui de l'association sont, comme dans certaines législations, la législation espagnole notamment, complémentaires l'un de l'autre, mettant obstacle à l'existence entre eux d'un troisième mode de groupement ? En un mot, la loi nouvelle avait-elle fait disparaître la catégorie des contrats innomés, dans laquelle rentrait le groupement dont nous poursuivons l'étude ?

MM. TROUILLOT et CHAPSAL qui, ainsi qu'on l'a fait justement remarquer, ont vécu dans l'atmosphère dans laquelle la loi de 1901 a été votée, se sont opposés à cette conception et n'ont voulu y voir qu'une loi politique. Ils ont soutenu que seul pouvait être considéré comme un véritable contrat d'association celui dont le but était exempt de toute idée de lucre.

Cette thèse revient donc à créer ou plutôt à reconnaître entre la société à but lucratif et l'association à but idéal un vaste champ intermédiaire où se rencontreront diverses espèces de groupements, tels que syndicat, association en participation, contrat innomé... dans lesquels « si les intéressés ne se proposent pas directement la réalisation de bénéfices à partager, et si, par suite, leurs conventions ne constituent pas des contrats de société, on ne saurait les regarder comme des contrats d'association dans le sens de la loi de 1901, parce qu'elles ne sont pas exemptes de tout intérêt pécuniaire, que les

avantages qu'elles procurent sont appréciables en argent (1) ». Et comme exemple de ces conventions hybrides, ces auteurs donnent précisément celles faites pour se prémunir d'une perte.

Nous n'avons pas à nous prononcer sur la valeur de cette thèse qui ne fut acceptée ni par la doctrine, ni par la jurisprudence. Elle était en effet inconciliable avec les textes, la symétrie des articles 1832 C. C. et premier de la loi de 1901 ne permettait pas qu'on supposât que le législateur ait voulu donner au mot *bénéfice* un autre sens dans le deuxième que dans le premier. « La formule employée était la même, positive ici, négative là ; il était naturel d'en déduire que le législateur avait voulu opposer l'association à la société (2) ». Un arrêt célèbre rendu par la Cour de Cassation, statuant toutes Chambres réunies le 11 mars 1914, devait définitivement condamner l'interprétation de MM. TROUILLOT et CHAPSAL (3).

Un premier point était résolu : la disparition de cette catégorie indécise des contrats innomés précisait notre droit. La loi de 1901 a donc fait œuvre considérable, par elle « les deux segments qui partageaient le champ des personnes juridiques se rejoignent pour former un cercle parfait (4) » ; tout groupement doit obligatoirement être société ou association.

Mais par contre, elle posait avec d'autant plus d'acuité le problème de la distinction de ces deux contrats. Quel critérium choisir ? La jurisprudence hésita quelque temps ; ce fut en définitive dans ce même mot « *bénéfice* » que la Cour suprême alla chercher son critérium de distinction : puisqu'il avait servi au législateur à opposer les deux contrats, il devait pouvoir servir à les distinguer l'un de l'autre. Dans ce même arrêt de 1914, la Cour de Cassation pose le principe qui domine la matière ; sans s'arrêter au but poursuivi ou aux moyens mis en œuvre, elle déclare : « Attendu... que dès lors la différence qui distingue la société de l'association consiste en ce que la première comporte essentiellement comme condition de son

(1) TROUILLOT et CHAPSAL, *Du contrat d'association*, p. 38.

(2) KAYSER, *Société ou Association* ? p. 83.

(3) C. Cas. (Ch. réunies), 11 mars 1914, au D. P., 1914, 1, 257. La Cour statue en ces termes : « Attendu que l'expression *bénéfice* a le même sens dans les deux textes... ». Suit la définition de l'expression que nous retrouverons plus bas.

(4) KAYSER, *op. cit.*, p. 124.

existence, la répartition entre associés des bénéfices faits en commun, tandis que la deuxième l'exclut nécessairement (1) ».

Dans tout ceci, qu'étaient donc devenus les contrats innomés ? A quel domaine se trouvaient-ils rattachés ? Jadis détachés des sociétés, la loi de 1901, ainsi interprétée, les avait-elle réintégrés dans leur ancienne qualité, ou bien au contraire, les avait-elle définitivement incorporés aux associations ?

Pour répondre à cette question, et uniquement en ce qui concerne le groupement qui nous occupe, force nous est d'analyser celui-ci de plus près. Voyons d'abord si, au regard de la lettre des textes actuels, il est susceptible de former une société. Dans la négative, nous devons le classer d'office dans les associations, par *a contrario*.

Le nom le plus répandu par lequel on désigne l'union des porteurs de parts bénéficiaires est celui de « société civile », et, comme on l'a fait remarquer, « les décisions de jurisprudence enregistrent, de temps à autre, cette dénomination sans paraître autrement s'attacher à en délimiter les exactes conséquences juridiques (2) ». Est-elle donc une véritable société ?

Aux termes de l'article 1832 C. C. « la société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter ». Deux conditions sont donc exigées pour sa formation : 1<sup>o</sup> la mise en commun des apports ; 2<sup>o</sup> le partage des bénéfices qui en résultera par les associés. Notre groupement répond-il à ces deux conditions ?

1<sup>o</sup> *Mise en commun des apports*. — La constitution d'un fonds commun, dit « capital social », dans lequel viennent se fondre en perdant leur individualité les apports des associés, est un des caractères spécifiques du contrat qui unit ces derniers. Tout le monde est d'accord sur ce point, et comme le dit HAYEM : « Là où il n'y a pas de fonds commun, il n'y a pas de société : en présence d'une institution

(1) C. Cas. (Ch. réunies), 11 mars 1914, D.P., 14, 1, 257; et *Journal des Sociétés*, 1915, p. 97.

(2) ESCARRA, *Traité de l'organisation des obligataires*, n<sup>o</sup> 41.

Le législateur lui-même a usé, de façon tout aussi vague, de cette expression pour désigner les groupements d'obligataires, Voir la loi sur le règlement transactionnel du 2 juillet 1919,

ne comportant pas de fonds commun, il est inutile d'examiner tout autre caractère pour dire : ce n'est pas une société (1) ».

Les porteurs de parts bénéficiaires mettent-ils quelque chose en commun ? Est-ce leurs titres ? Non, car ils entendent en conserver la pleine propriété ; une clause de style des statuts de toutes les sociétés civiles leur en réserve expressément la libre disposition, étant stipulé que chaque porteur « conserve la propriété exclusive et personnelle de ses parts ». Ils n'en apportent pas davantage la jouissance, puisqu'ils touchent individuellement les dividendes distribués. Ils ne font que mettre en commun l'exercice de leurs droits de créanciers.

Ceci constitue-t-il l'apport prévu par la loi comme étant nécessaire et suffisant à la formation d'un fonds commun ? On sait que l'article 1833 C. C. est aussi large que possible au sujet de la détermination des biens susceptibles de former des « apports ». Mais encore faut-il que ces biens soient dans le commerce, de façon que leur réunion puisse constituer un fonds, susceptible d'évaluation pécuniaire, qui sera le gage des créanciers sociaux.

Or il est évident que l'exercice d'un droit, si à lui n'est jointe sa jouissance ou sa propriété, ne constitue pas un bien susceptible d'évaluation pécuniaire active ; ce n'est pas un bien dans le commerce.

Donc, dans notre groupement, il n'y a ni apport, ni comme conséquence, fonds commun.

Ainsi, avant même d'arriver à l'étude de la réalisation des bénéfices, constituant le critère de distinction de la société et de l'association, nous sommes conduits à lui refuser la qualité de société.

2<sup>o</sup> *Partage des bénéfices.* — Si la précédente question ne peut guère soulever de discussion, il n'en est pas de même de la présente. Savoir si le groupement des porteurs de parts réalise et partage des bénéfices, condition essentielle de tout contrat social qui l'oppose à l'association, revient tout d'abord à se poser la question suivante : quand y a-t-il bénéfice ?

La question a été fort discutée. Deux tendances s'affrontaient dans deux thèses aux prises. La première, se recommandant de nos anciens auteurs et de la logique, interprétait largement le mot bénéfice et

(1) HAYEM, *Domaines respectifs de l'association et de la société* (Thèse Paris, 1907, p. 81).

voulait y voir un terme général impliquant l'idée d'un avantage d'ordre patrimonial (1). Il suffisait donc aux termes de cette thèse que l'avantage procuré fût susceptible d'une évaluation pécuniaire pour constituer un bénéfice, ou mieux, ainsi que le disait M. PICHON, qu'il résultât « de la différence de deux sommes (2) ». Pris dans ce sens, le mot bénéfice pouvait s'appliquer soit à des économies réalisées, soit à des pertes évitées.

La deuxième thèse, d'interprétation stricte, fruit d'une lente évolution dominée par la disproportion de plus en plus accusée entre l'importance économique des sociétés commerciales et celle des sociétés civiles, soutenait que la même expression ne pouvait désigner qu'un profit pécuniaire, un gain positif, qu'on nous passe l'expression : un dividende.

Actuellement, il semble bien que la discussion soit close (3). L'arrêt, dont nous avons déjà parlé, de la Cour de Cassation de 1914, a donné raison à la thèse restrictive. « Attendu, dit-il, que l'expression bénéfice... s'entend d'un gain pécuniaire ou d'un gain matériel qui ajouterait à la fortune des associés ».

Avec une semblable définition, il est impossible de songer à assimiler à des bénéfices les avantages procurés par les sociétés civiles de porteurs de parts, qui luttent seulement *de damno vitando*. Vainement objecterait-on que l'exercice collectif des droits des parts bénéficiaires leur assure une efficacité qu'ils ne connaîtraient pas envisagés au point de vue individuel ; qu'ainsi, le rendement dont ils sont susceptibles étant accru, il y a là un accroissement de leur valeur capable de faire rentrer la réunion des porteurs dans le domaine de la société.

Tous les avantages conférés par les sociétés civiles de porteurs s'analysent comme des avantages économiques ou patrimoniaux, mais non comme des avantages pécuniaires. Ils consistent soit à réaliser des économies, soit surtout à éviter des pertes, soit les deux à la fois. Ainsi les instances engagées par le groupement au nom de l'ensemble de ses membres économisent à chacun de ceux-ci les

(1) Certains auteurs plus libéraux encore se contentent d'un avantage d'ordre économique. Voir PLANIOL, *Traité de Droit civil*, t. II.

(2) Adolphe PICHON, *Caractères distinctifs des associations* (Thèse Paris, 1905, p. 49).

(3) Voir toutefois KAYSER, *op. cit.*

frais d'une instance personnelle, et de plus, tendant à assurer l'exécution intégrale de la prestation promise, elles leur évitent une perte, mais ne leur procurent pas un gain accroissant matériellement leur patrimoine. Ce n'est que dans des cas exceptionnels, disons plutôt peu fréquents, comme parfois la conversion des parts en actions (1), que ces avantages deviendront des gains positifs, cas dont la réalisation n'est pas le but de la société civile.

D'ailleurs, pour l'observation de cette deuxième condition de la formation du pacte social, il manque encore, en plus de la réalisation des bénéfices, l'intention de les partager. Pareille opération supposerait la mise en commun des bénéfices réalisés pour, chaque associé, venir au partage suivant ses droits statutaires. Or une telle intention ne ressort pas des statuts des sociétés civiles : les porteurs mettent leurs droits de créanciers en commun pour bénéficier individuellement des économies ou de la sécurité qui sont les effets généraux de leur union.

Le groupement des porteurs de parts ne saurait donc constituer une société (2). Conformément à l'évolution du critère de distinction, nous devons le faire rentrer dans le cadre de l'association.

La contre épreuve est d'ailleurs possible : elle consistera à chercher si notre groupement remplit bien les conditions exigées par la loi de 1901.

Aux termes de l'article premier, deux conditions principales sont nécessaires, indépendamment des conditions générales du droit commun des contrats (art. 1108 C. C.) qui doivent être respectées aussi bien en matière d'association que de société ; ce sont : 1<sup>o</sup> la mise en commun de connaissances ou d'activité ; 2<sup>o</sup> un but autre que de partager des bénéfices, ceux-ci étant pris dans le sens indiqué par la jurisprudence de la Cour suprême.

(1) La conversion des parts en actions n'est pas nécessairement une opération avantageuse pour leurs porteurs, mais elle peut le devenir : tout dépend de la manière dont elle est faite (notamment de la quantité d'actions offertes en remplacement des parts, de l'importance des réserves de la société et des droits accordés sur celles-ci aux porteurs par les statuts).

(2) Sic HAYEM, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 146 ; COPPER-ROYER, *Sociétés anonymes*, t. II, n<sup>o</sup> 474 ; BOSVIEUX, article, *Journal des Sociétés*, 1924, p. 259 ; DECUGIS, note, *Journal des Sociétés*, 1927, p. 289 ; ORDIONI, article, *Revue des Sociétés*, 1927, p. 254,

Les apports effectués par les porteurs répondent-ils à la première condition ? Sans aucun doute, il ne faut pas s'arrêter aux termes mêmes de l'article premier ; en parlant de mise en commun de connaissances et d'activité, les rédacteurs du projet voulaient opposer les apports d'ordre moral qu'ils exigeaient pour la validité de l'association aux apports susceptibles d'évaluation pécuniaire nécessaires à la formation de la société. On pourrait même soutenir que l'apport de l'exercice d'un droit constitue bien un apport d'activité. Si d'ailleurs les porteurs apportent, non plus l'exercice de leurs droits, mais la propriété de ceux-ci — chose peu fréquente — leur groupement ne cessera pas pour cela d'être une association. Si l'article premier semble exclure la mise en commun des biens, la discussion parlementaire des articles suivants amena une modification de la conception qui avait présidé à la confection du projet primitif et c'est par suite d'un oubli que l'article premier, qui avait déjà été discuté, ne fut pas rectifié. La question ne fait plus aucun doute : l'association peut fort bien comporter des apports d'ordre matériel et pécuniaire (1).

Quant à la deuxième condition, remarquons qu'elle est nécessairement remplie puisque nous avons précédemment refusé à notre groupement la possibilité de réaliser des bénéfices au sens où il faut l'entendre actuellement.

Ainsi la validité de la réunion des porteurs de parts, envisagée comme association rentrant dans le cadre de la loi de 1901 (2), ne fait aucun doute (3).

(1) *Sic* HAYEM, *op. cit.*, p. 277 et s.

(2) *Sic* HAYEM, *op. cit.*, n° 276 ; BOSVIEUX, article, *Journal des Sociétés*, 1924, p. 260.

(3) On a dit que la forme sociale convenait aux groupements de porteurs de parts et celle de l'association aux unions d'obligataires, car les droits des premiers sont liés au sort de la société émettrice, tandis qu'il ne s'agit pour les seconds que de surveiller leur gage. Aux premiers, une forme de groupement active, dotée de moyens énergiques, aux seconds, une forme plus discrète et en rapport avec le but de surveillance qu'ils poursuivent (GAUDEMET, note, S. 1913, 1, 481).

Nous ne croyons pas cette analyse exacte en droit. Porteur de parts et obligataire sont tous deux créanciers de la société ; si leurs droits ne sont pas affectés des mêmes modalités, le principe de leur groupement est le même. L'un et l'autre ont le même intérêt à se solidariser contre la puissance de leur débitrice, mais l'un plus que l'autre, le porteur plus que l'obligataire, en raison de l'incertitude

Si maintenant, nous consultons à ce sujet la jurisprudence, nous pouvons tout d'abord relever un arrêt de la Chambre des requêtes du 15 avril 1902 (1) qui reconnaît expressément la qualité de société à un groupement de porteurs de parts. Quelle est la portée de cet arrêt ?

L'espèce était la suivante. Lors de la constitution de la Compagnie électrique du secteur des Champs-Élysées, la société en commandite Ch. MILDÉ fils et C<sup>ie</sup> lui fit différents apports qui furent partiellement rémunérés par l'attribution de 25 % des bénéfices nets, étant bien stipulé, conformément aux clauses adoptées par la pratique, que les bénéficiaires de ces avantages ne jouiraient d'aucun droit de contrôle ni d'immixtion dans la marche des affaires sociales. La société Ch. MILDÉ fils et C<sup>ie</sup> forma ensuite une « Société Civile de porteurs de parts » dont le but était le recouvrement de la participation sus-indiquée, société à laquelle furent apportés les droits des porteurs qu'ils évaluèrent pour l'Enregistrement à 100.000 francs (soit pour l'accomplissement des formalités de constitution, soit pour l'abonnement au timbre).

Le rachat des parts de fondateur ayant été prévu aux statuts de la société attributrice moyennant le prix minimum de 500.000 francs, cette dernière entendit profiter de la faculté qu'elle s'était réservée et racheta les parts au prix minimum stipulé. Aucune difficulté ne se serait présentée si l'Enregistrement n'avait alors émis la prétention de réclamer aux porteurs le paiement de la taxe sur le revenu, calculée sur la différence entre le prix de rachat des parts et leur évaluation faite dans l'acte constitutif de la société civile, différence qui, à ses yeux, constituait un bénéfice réalisé par ladite société, donc passible de la taxe aux termes de la loi de 1872. Les porteurs opposèrent que leur groupement ne pouvait en aucun cas réaliser des bénéfices, n'étant pas une société.

Le Tribunal civil de la Seine ayant donné raison à la thèse de l'Administration, les porteurs se pourvurent en Cassation pour violation de l'article 1832 C. C.

de sa créance et de sa connexité avec celle des actionnaires, aura à intervenir plus souvent et à se défendre plus âprement.

Nous ne pouvons pas dire que cette différence dans l'exercice de leurs droits puisse entraîner une différence dans la nature de leur groupement,

(1) Ch. req.; 15 avril 1902, S. 1903, 1, 289,

La question dont la Cour suprême était saisie par le pourvoi était donc nettement posée : les porteurs ne s'étant pas réunis dans le but de réaliser grâce à leurs travaux communs des bénéfices, leur groupement était-il cependant une société ? La Cour ne pouvait donc se dérober quelle que soit la répugnance qu'elle avait précédemment montrée à analyser la qualité de groupements semblables formés par des obligataires. Mais si elle se décida pour le rejet du pourvoi, elle y vint à l'aide de considérations qui nous permettront de dénier toute portée de principe à sa décision.

Pour rejeter le moyen de cassation proposé, la Cour employa deux arguments. Le premier est le suivant et peut étonner : « Attendu que le contrat ainsi passé... entre les comparants avait tous les caractères d'une société puisque conformément à l'article 1832 leurs droits dans la participation étaient mis en commun en vue de partager le bénéfice qui pourrait en résulter... » et en effet, tout le long de l'arrêt, la Cour se complaît à relever des ressemblances de forme entre la société civile dont l'examen lui était déferé et une société anonyme. Les porteurs « ont déclaré fonder une société », ils lui ont donné un siège social, fixé une durée, ils ont apporté leurs droits dans la participation et les ont évalués, créant ainsi un capital social qu'ils ont découpé ensuite en un certain nombre de titres donnant droit chacun à une quote-part égale dans les bénéfices... D'autre part, le Conseil d'administration placé à sa tête est muni des pouvoirs de représentation les plus larges.

Voilà en effet un groupement dont l'enveloppe extérieure ressemblait fort à celle d'une société anonyme, mais cette seule ressemblance devait-elle nécessairement conduire à l'assimiler à une société véritable ?

Evidemment non, quoiqu'elle fût poussée très loin (1). La nais-

(1) On pourrait objecter, il est vrai, que parfois notre droit donne une certaine sanction aux apparences. Surgit de suite à l'esprit le cas des donations déguisées qui malgré l'article 931 C. C. ont toujours été reconnues valables par la jurisprudence.

La Cour de Cassation n'aurait-elle pas fait dans notre espèce application du même principe ? Non, car les cas ne sont pas semblables.

Pour les donations déguisées, il s'agit seulement d'échapper aux règles de forme, mais non pas aux règles de fond qui sont toujours applicables. Dans notre cas il s'agirait au contraire de soumettre une convention à la législation des sociétés en adoptant ses règles de forme. D'une façon générale notre droit

sance d'une société suppose, antérieurement à sa constitution formelle réglée pour les sociétés anonymes par la loi de 1867, l'existence de certains éléments qui sont autant de conditions de fond relevant du Code civil. La Cour suprême l'a si bien senti que pour étayer plus juridiquement son argumentation — après avoir relevé l'intention « de fonder une société » (peut-être même s'attache-t-elle trop à la lettre des expressions employées par les porteurs) et les apports effectués par les soi-disant associés — elle s'empresse d'ajouter que c'est à tort que les porteurs prétendent ne pas avoir poursuivi la réalisation de bénéfices, élément essentiel du pacte social : « Qu'en effet, la société créée, devenue propriétaire des droits des comparants dans la participation sus-indiquée de 25 % avait seule qualité pour en assurer le recouvrement et que les pouvoirs étendus dont elle était investie lui donnaient le moyen d'accroître par son action personnelle les bénéfices qu'elle pouvait en attendre, en surveillant la marche de la première (la société émettrice) et même, en cas de besoin, en exerçant contre elle toutes poursuites utiles ».

Ainsi, aux termes de cet arrêt, il faudrait admettre que le « recouvrement » d'un droit constitue un bénéfice (1) ! Quant à l'accroissement des droits né de l'action du groupement des porteurs, nous avons vu qu'il ne pouvait pas s'analyser comme un bénéfice. Cette partie de l'arrêt a d'ailleurs été rendue caduque par la définition des bénéfices posée par l'arrêt postérieur de 1914.

Au surplus, un point qu'il appartient de mettre en relief est le suivant. Les ressemblances formelles constatées par la Cour se rencontrent rarement : l'apport en pleine propriété des droits des porteurs rendant la société civile seule créancière de la société émettrice, la constitution d'un fonds commun et la division de celui-ci en titres attribués aux porteurs devenant de ce fait créanciers de cette même société civile, sont autant d'éléments qui se rencontrent peu souvent.

A l'ordinaire, et ainsi que nous avons déjà eu l'occasion de le dire, les porteurs ne font que se grouper en une sorte d'union de défense, sans qu'il soit question de leur part d'un abandon de la propriété de

n'entend pas que les individus placent, par le seul effet de leur volonté, leurs conventions sous d'autres règles que celles qui doivent leur être appliquées.

(1) Rapprocher l'arrêt de la Cour de Paris du 24 mai 1856 (S., 58, 2, 46) décidant que les individus s'unissant pour assurer le recouvrement d'une somme ne forment pas une société,

leurs titres. Ainsi envisagé, l'arrêt ci-dessus apparaît donc comme une simple décision d'espèce solutionnant un cas plutôt exceptionnel et sur lequel par conséquent il est impossible de construire un système (1).

Nous pouvons donc conclure cette critique ainsi : il n'est pas possible à un groupement de porteurs de parts de se former sous le signe de la société, constitueraient-ils même un fonds commun de tous leurs droits, chose rare en pratique, car il leur manquerait toujours la possibilité de réaliser et de disposer des bénéfices, élément essentiel du pacte social.

C'est ce que le Tribunal de commerce de la Seine a explicitement admis dans un jugement du 11 janvier 1927 (2). Dans l'espèce qui lui était présentée, les porteurs de parts d'une société anonyme, la « Société maison Rey », s'étaient, conformément à une clause des statuts de celle-ci, groupés en « Société civile et particulière » dont le but était, d'après les termes du jugement, « de mettre en commun et de centraliser l'exercice des droits, actions et garanties attachés aux parts dont s'agit ».

(1) La Cour ne pouvait équitablement statuer autrement. En effet, on a vu que le procès était né d'une question fiscale. La loi du 29 juin 1872 frappait d'une taxe, qui par la suite fut portée à 4 %, « les intérêts, dividendes, revenus, et tous autres produits des actions de toutes natures de toutes les sociétés ainsi que les arrérages et intérêts annuels des emprunts et obligations ». Il était évident que cette taxe devait également s'appliquer à la part de fondateur et pour parvenir à ce résultat, la jurisprudence l'assimilait à l'action. (Jurisprudence nombreuse et constante, voir les arrêts cités par M. LECOUTURIER, *op. cit.*, p. 279 et s. et, depuis, Req., 16 novembre 1904, D. P. 1906, 1, 49. Consulter également HOUFIN, t. II, n° 1339 et MAZAS, *op. cit.*, p. 60.) La différence entre le prix de rachat des parts et leur évaluation primitive était également passible de la taxe, parce que constituant elle aussi un bénéfice aux yeux de l'Enregistrement. (Trib. civ. Seine, 9 février 1924, *Journal des Sociétés*, 1925, p. 518.)

C'est ce que le Tribunal civil de la Seine (*Journal des Sociétés*, 1901, p. 271) avait justement décidé, sans se préoccuper de la nature juridique du groupement formé par les porteurs. Très habilement, le pourvoi déplaça la discussion et l'amena sur un terrain qui lui semblait propice au lendemain de la loi de 1901. Si, comme il y avait lieu de l'espérer, la Cour refusait de donner audit groupement le nom de société et ne voulait y voir qu'une association, la loi de 1872 devenait inapplicable puisqu'elle ne visait que les sociétés.

Malheureusement, la Cour déjoua cette combinaison pour faire triompher sa jurisprudence fiscale habituelle en la matière (jurisprudence d'ailleurs très équitable).

(2) Tr. Civ. Seine, 11 janvier 1927, *Journal des Sociétés*, 1927, p. 288.

Un dissentiment s'étant élevé au sujet de la validité et de l'opposabilité d'une décision de l'assemblée générale de cette société civile, le Tribunal de commerce fut appelé à statuer sur sa capacité : « Attendu, dit-il, qu'on chercherait vainement dans les groupements de porteurs de parts bénéficiaires les éléments constitutifs de la société visée par l'article 1832 C. C. ; qu'en effet, toute société suppose essentiellement d'une part la constitution d'un fonds commun provenant des apports faits par les associés, d'autre part, la possibilité de réaliser des bénéfices par l'effet de l'union et des opérations en vue desquelles elle a été formée ; attendu que cette double condition ne se rencontre pas dans des groupements tels que celui dont s'agit en la présente espèce ».

Les arguments employés ici par le Tribunal sont les mêmes que ceux que nous avons déjà exposés pour refuser aux réunions de porteurs la qualité de société. Mais il est étrange de voir le jugement déclarer ensuite que si le groupement envisagé n'est pas une société, ce n'est pas davantage une association. « Attendu, ajoute-t-il, qu'on ne trouve pas dans ces groupements les caractéristiques de l'association soumise aux formalités prévues par la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901, encore moins la nature d'un syndicat, par essence groupement de professionnels (L. 21 mars 1884), ni d'une association syndicale à objets limitativement déterminés par la loi du 21 juin 1865 ».

Il ne messied pas de constater qu'aucun argument n'est apporté à l'appui de cette solution. Lorsqu'il s'agit d'écarter le concept de la société, du syndicat ou de l'association syndicale, le Tribunal a su pourtant en trouver, et de décisifs malgré leur laconisme, obligé d'ailleurs. Mais lorsqu'il s'agit d'écarter l'application de la loi de 1901, pourquoi se contente-t-il d'affirmer sans chercher à étayer juridiquement sa décision ? La thèse qui rattache le groupement des porteurs de parts à l'association n'est pourtant pas quantité négligeable, moins que celle qui voudrait y voir un syndicat ou une association syndicale et qu'il a pris la peine cependant de critiquer. L'œuvre négative de ce jugement se réduit donc à souligner l'inapplicabilité de l'article 1832. Quant à son œuvre positive, nous aurons à l'étudier dans une section subséquente.

Contre l'assimilation à la société, on peut encore relever les termes employés par le Tribunal civil de la Seine, statuant dans la même

affaire que dessus, dans un jugement du 19 mars 1926 (1), où le groupement des porteurs est désigné sous le nom de « prétendue société civile ». Bien que la question de sa détermination juridique ne fut pas agitée, le Tribunal ayant à statuer sur une exception d'incompétence, il semble qu'il ait voulu montrer sa réprobation devant le qualificatif donné par les porteurs à leur groupement. C'est aussi un arrêt de la Cour de Bordeaux du 28 novembre 1927 (2) : « ... Une société civile qui serait plutôt d'ailleurs une association qu'une société ». Il est regrettable que l'espèce n'ait pas permis à ces deux décisions de développer leurs motifs à ce sujet.

Nous avons dit, en commençant ce chapitre, qu'il y avait un parallélisme entre l'étude du groupement des porteurs de parts et celui des obligataires. Il est intéressant de rechercher si l'examen de la jurisprudence relative à ces derniers corrobore celle — un peu clairsemée — qui concerne les parts bénéficiaires.

Pendant longtemps, les décisions de toutes catégories écartent, d'une façon générale, la notion de société et si elles ne statuent pas d'une manière expresse sur l'applicabilité du concept de l'association elles lui sont néanmoins favorables. Ainsi, la Cour de Paris en 1875, refuse de voir dans un groupement d'obligataires une véritable société civile (3), de même le Tribunal civil de Lyon en 1886 (4).

La Cour de Cassation n'aborda jamais le problème de front : les différends dont elle eut à s'occuper intéressant généralement la validité des hypothèques prises par les administrateurs des groupements d'obligataires, elle valide celles-ci par application de la notion de mandat, sans rechercher la nature de ces groupements (5).

En 1924, se déclanche une offensive contre les ligues d'obligataires. Emue des dangers que peuvent courir les porteurs lorsque la société débitrice n'est pas de bonne foi et cherche à se servir de leur union pour favoriser ses propres intérêts, la Cour de Paris rend un arrêt nettement défavorable au principe du groupement des intéressés (6). Toutefois, là encore, si la Cour écarte expressément la

(1) Tr. Civ. Seine, 19 mars 1926, *Journal des Sociétés*, 1926, p. 439.

(2) C. Bordeaux, 28 novembre 1927, *Journal des Sociétés*, 1929, p. 209.

(3) C. Paris, 4 février 1875, D. P., 1876, 2, 185.

(4) Tr. Civ. Lyon, 6 mai 1886, *Revue des Sociétés*, 86, p. 594.

(5) Civ., 3 décembre 1889, D. P., 90, 1, 105 et *Journal des Sociétés*, 1891, p. 306.

(6) C. Paris, 20 mars 1924, *Journal des Sociétés*, 1924, p. 268.

notion de société, elle est moins catégorique pour l'association et se borne à constater que, n'ayant pas été déclarée, elle ne pouvait bénéficier de la capacité spécifiée à l'article 6 de la loi de 1901. Sans condamner notre thèse qui voit dans les groupements de porteurs de parts ou d'obligataires des associations, la Cour se contente de remarquer que la notion d'association est à elle seule incapable de leur permettre de réaliser les fins auxquelles ils sont créés.

Plus hostile est le jugement du Tribunal de commerce de la Seine du 21 avril 1926 (1) aux termes duquel le groupement de porteurs de bons ne constitue ni une société, ni une association et ne pourrait même pas bénéficier de la notion de mandat ou de l'article 1134 C. C. Nous ne nous arrêterons pas à ce jugement qui marque le point culminant de la crise (2). Dès l'année suivante celle-ci est apaisée. La jurisprudence des tribunaux inférieurs se range derrière celle de la Cour de Cassation.

Dorénavant, elle sera dominée par l'unique souci d'annuler les délibérations prises par des assemblées manifestement à la dévotion de la société débitrice. Sans rechercher la nature des groupements qui lui seront soumis (3), mais au contraire en admettant implicitement leur validité, elle emploiera des arguments divers pour parvenir à son but.

Ainsi, la Cour de Paris utilisa l'article 27 (§ 1<sup>er</sup>) de la loi de 1867 pour annuler des délibérations d'assemblées d'où les petits porteurs avaient été exclus (4). Est-ce dire qu'elle se référait à la notion de

(1) Tr. Com. Seine, 21 avril 1926, *Journal des Sociétés*, 1926, p. 569.

(2) En ce qui concerne le rejet de l'association, le Tribunal déclare qu'elle « serait frappée de nullité dès son origine faute par elle de s'être conformée à la publicité et aux autorisations prescrites ».

Formule équivoque. S'il a entendu employer le mot nullité au sens technique, sa décision, en méconnaissant la différence établie par le législateur de 1901 entre les associations déclarées et celles non déclarées, est contraire à la lettre et à l'esprit de la loi. Si par nullité il faut entendre incapacité, ce jugement ne fait, tout comme l'arrêt précité de la Cour de Paris, que souligner l'incapacité de l'association non déclarée livrée à ses seuls moyens.

(3) On voit cependant le Tribunal civil de la Seine, dans un jugement du 19 janvier 1927 (*Journal des Sociétés*, 1927, p. 283) reconnaître à une société civile de porteurs de bons les deux qualités, pourtant contradictoires, de société et d'association.

(4) C. Paris, 30 mars 1928, *Gazette Judiciaire et Commerciale de Lyon*, 1928, p. 185.

société ? Non, il n'y a là qu'un argument pour trancher un cas d'espèce. Nous le répétons, la jurisprudence actuelle n'est conduite par aucun principe : elle cherche à préserver les porteurs contre la mauvaise foi de leur débitrice, et pour cela, tous les arguments lui sont bons (1).

Cette longue suite de jurisprudence que nous venons de résumer brièvement, dans son ensemble, repousse la théorie de la société que nous pouvons considérer comme définitivement condamnée. Si les tribunaux évitent souvent de se prononcer de façon formelle sur la qualité des groupements ayant pour but la défense de leurs membres, c'est que la plupart des questions litigieuses auxquelles ils donnent lieu, validité des opérations faites par le représentant, opposabilité des décisions de la majorité à des porteurs n'ayant pas expressément adhéré à l'union... ne nécessitent pas l'analyse minutieuse de leur nature juridique et peuvent se résoudre à l'aide de théories d'application plus simple, comme celle du mandat par exemple, ou simplement par application de l'article 1134 C. C.

## Section II. — Théorie de l'association en participation.

Selon M. COPPER-ROYER, il faudrait voir dans les soi-disant sociétés civiles de porteurs de parts de fondateur des associations en participation relevant de l'article 49 du Code de commerce (2).

Ce système se rattache à la théorie soutenue par cet auteur sur la nature juridique de la part de fondateur, qui serait issue des avantages particuliers concédés par les sociétés anonymes (3).

L'opération serait la suivante : les actionnaires réunis en assemblée constitutive concèdent soit à des apporteurs, soit à des fondateurs des avantages que ceux-ci diviseront par la suite en parts bénéficiaires et rétrocéderont à des tiers.

Ainsi, c'est la société anonyme qui concède l'avantage à un associé et c'est celui-ci seul qui procède à l'émission des parts à laquelle la

(1) Tr. Com. Seine, 17 décembre 1927, *Journal des Sociétés*, 1929, p. 178 ; Tr. Com. Lyon, 24 avril 1928, *Gazette Judiciaire et Commerciale de Lyon*, p. 257.

(2) COPPER-ROYER, *les Sociétés anonymes*, t. II, p. 310 et s.

(3) Même auteur, *op. cit.*, n° 448 et s.

société reste étrangère. « Leur émission ne peut donc point être l'œuvre de la société ; elle est l'œuvre de celui à qui l'assemblée constitutive a concédé l'avantage particulier conférant un droit de créance éventuelle sur les bénéfices futurs ». D'où l'on tire la conclusion que le porteur de part n'a aucun lien de droit avec la société, mais seulement avec son cédant. « Un porteur de parts bénéficiaires possède tous les droits que lui accorde la convention qu'il a passée avec celui qui a émis ses parts bénéficiaires et il n'en possède pas d'autres ». En un mot, il est le croupier du concessionnaire de l'avantage.

L'associé avantage peut d'ailleurs soumettre l'émission des parts à toutes les conditions qu'il juge bon, « il peut notamment imposer... l'obligation d'obéir à certaines prescriptions et particulièrement de constituer un mandataire commun et de demeurer affilié à une sorte d'association qui aura pour but la défense de leurs intérêts collectifs... Tout cela peut très bien se passer en dehors du consentement des actionnaires de la société anonyme, mais tout cela peut aussi se passer avec eux, particulièrement si les actionnaires acceptent de payer d'avance les frais nécessités par le fonctionnement de cette association (1) ».

Cette « sorte d'association » dont parle M. COPPER-ROYER est une société qui se forme ainsi « entre l'associé titulaire de l'avantage particulier et ses différents croupiers... Une semblable société ne peut être qu'une association en participation ».

La vie interne de cette association, à défaut de règles légales qui lui soient applicables, sera réglée par les conventions sociales qui prévoient notamment la tenue des assemblées générales, la nomination des mandataires collectifs et l'application de la loi de majorité : « Il y a là, ajoute-t-il, une disposition qui demeure toujours assez délicate en matière d'association en participation, mais qui n'étant contraire à aucune règle d'ordre public peut être admise comme manifestation d'une volonté contractuelle ».

Il n'existe à notre connaissance qu'un seul jugement qui se recommande de cette théorie : c'est celui du Tribunal de commerce de la Seine du 11 janvier 1927 (2), dont nous avons précédemment analysé l'œuvre négative, miroir fidèle et excellent résumé des théories de M. COPPER-ROYER en la matière.

(1) Même auteur, *op. cit.*, n° 474 et s.

(2) Tr. Com. Seine, 11 janvier 1927, *Journal des Sociétés*, 1927, p. 288.

Ce système ne nous semble pas être une solution (1). Nous ne comprenons pas que M. COPPER-ROYER, qui par ailleurs refuse expressément au groupement de porteurs de parts la qualité de société, veuille lui accorder celle d'association en participation qui, de l'avis de tous, n'est elle-même qu'une société nécessitant comme telle des apports de la part des associés et la réalisation de bénéfices partageables (2).

Le trait caractéristique de l'association en participation est, d'après une conception qui semble avoir prévalu en doctrine et en jurisprudence, son caractère occulte (3).

Ce caractère semble être bien mal observé par les porteurs qui rédigent toujours des statuts et les publient en même temps que ceux de la société anonyme.

Si seulement il mettait à notre disposition une organisation collective comparable à celle créée par la loi de 1867 ! Mais non, il faut, pour doter cette association en participation des organismes nécessaires à son fonctionnement, avoir recours au principe de la liberté des conventions, comme nous avons déjà dû faire pour la théorie de l'association dont il a tous les défauts sans en avoir l'avantage qui est de poser d'une façon indiscutable la licéité et le cadre de notre groupement.

Au surplus, il risquerait d'aboutir à des résultats peu pratiques. L'association étant fondée par chacun des associés avantagés avec ses croupiers, faute d'entente entre eux, il y aura autant d'associations en participation qu'il y aura eu d'avantages concédés, qui graviteront comme autant de satellites autour de la société anonyme sans avoir de liens ni avec cette dernière, ni entre elles.

Nous ne nous attarderons pas plus longtemps sur ce système, car

(1) Il n'est d'ailleurs applicable qu'aux parts bénéficiaires et non aux obligations.

(2) *Sic* HOUPIŒ, t. I, n° 279 ; PIC, t. III, n° 1981 et s. ; LACOUR, *Précis de Droit commercial*, n° 272.

D'ailleurs la question ne fait plus de doute depuis la loi du 24 juin 1921.

(3) *Sic* LYON-CAEN et RENAULT, t. II, n° 1053 ; THALLER, n° 374 ; HOUPIŒ, t. I, n° 279 ; PIC, t. III, n° 1988 et s. ; LACOUR, p. 437... également HAMEL, *Rev. critique de lég. et de jurispr.*, 1925, p. 330 et les arrêts cités.

La loi de 1921 a également confirmé la doctrine et la jurisprudence antérieures.

il est basé sur une conception de la nature juridique des parts de fondateur que la loi de 1929 devait condamner (1).

### Section III. — Théorie du mandat.

#### Théorie du contrat innomé.

Pour être complet, nous devons mentionner diverses autres théories qui pouvaient être proposées pour déterminer la nature juridique de notre groupement.

A vrai dire, il n'y a, à notre connaissance, aucun arrêt qui se réfère à d'autres théories que celles précédemment étudiées. Mais, par contre, dans la matière voisine des groupements d'obligataires, certaines décisions emploient la notion de mandat ou celle de contrat innomé.

Ainsi, la Cour de Paris, dans son arrêt du 20 mars 1924 (2), tenta de donner pour base juridique aux groupements d'obligataires la notion de mandat ; il s'agissait d'en déduire les droits de la collectivité.

« Considérant, dit-il, qu'en réalité les conventions par lesquelles a été instituée la prétendue société civile relèvent des règles du mandat ; que de ce point de vue juridique apparaît la nécessité du consentement personnel de chaque obligataire, non seulement à la mission confiée au groupement, mais à ses conditions d'exercice ; qu'il est impossible d'admettre que, comme le portent les statuts, la possession d'une obligation emporte adhésion à toutes les clauses statutaires... Considérant que des motifs qui précèdent, il résulte que les actes de la prétendue société civile ne sauraient être opposés aux obligataires qui n'y ont pas personnellement adhéré ».

Cet arrêt suscita un grand émoi : c'était la négation brutale de la loi de majorité et des efforts faits jusqu'alors pour y parvenir. C'était en plus, adopter une théorie qui, si elle écartait certains dangers nés de l'adhésion implicite d'un porteur mal renseigné aux clauses statutaires par le seul fait de l'acquisition des titres, se retournait finalement contre les intéressés en les soumettant à l'omni-

(1) Elle n'était d'ailleurs pas à l'abri de toute critique. Consulter à ce sujet la note de M. AUGER sous le jugement cité (*Revue des Sociétés*, 1927, p. 104).

(2) C. Paris, 20 mars 1924, *Journal des Sociétés*, 1924, p. 268.

potence d'un mandataire irrévocable en fait (contrairement au principe posé par l'article 2004 C.C.). Là se trouve le défaut de l'argumentation adoptée par la Cour : les obligataires n'entendent pas, comme elle le prétend dans un des ses « considérant », faire abandon de leurs droits ; s'ils décident de se réunir, c'est justement dans le but d'étudier ensemble les décisions les plus favorables à leurs intérêts et non pas de s'en remettre à la diligence d'un mandataire.

Nous ne voyons pas d'ailleurs comment on pourrait pratiquement mettre ce système en œuvre, à moins que la société n'impose son mandataire, ce qui est justement le danger à éviter : la nécessité d'obtenir le consentement unanime des obligataires à la désignation du mandataire commun et à la fixation des termes de son mandat, risque de se heurter à de grosses difficultés que seule la loi de majorité peut éviter (1).

Un des annotateurs de l'arrêt, M. ESCARRA, fait justement observer ceci : « Construire ensuite, comme l'a fait la Cour, la notion du groupement des droits collectifs des obligataires sur la base du mandat, c'est peut-être là un moyen technique commode pour rejeter les autres dont l'application en l'espèce s'est révélée défectueuse ou insuffisamment mise au point ; ce n'est pas là en revanche un procédé d'avenir et sa généralisation risquerait de remettre en question les efforts poursuivis durant de longues années pour l'organisation du droit des obligataires d'une façon solide (2) ».

L'application de la théorie adoptée dans cet arrêt serait particulièrement difficile aux associations de porteurs de parts dont l'objet est, plus encore que les actes d'administration, les actes de disposition, allant du simple abandon du dividende annuel espéré à l'abandon complet et sans indemnité du droit de créance lui-même, car, aux termes de l'article 1988 C. C., lorsqu'il s'agit d'aliéner ou de quelque autre acte de propriété, le mandat doit être exprès et non plus conçu en termes généraux.

Il faudrait donc que le mandat ait prévu tous les actes de disposition susceptibles d'être exécutés par le porteur ; à supposer que cela soit possible, la personnalité de ce dernier disparaîtrait com-

(1) Sur les difficultés de l'application de la notion de mandat, consulter HAMEL, *Revue des Sociétés*, 1924, p. 241.

(2) ESCARRA, note sous l'arrêt, *Journal des Sociétés*, 1924, p. 268 ; voir également l'article de M. BOSVIEUX, *Journal des Sociétés*, 1924, p. 263,

plètement derrière celle du mandataire. Or c'est précisément ce résultat qu'il s'agit d'éviter.

Un autre système, auquel la jurisprudence récente (1) semble se rattacher, voit dans le groupement des obligataires un contrat complexe, c'est-à-dire formé d'un ensemble de conventions passées entre eux et dont la plus importante est celle par laquelle ils décident que le vote de la majorité liera la minorité et les absents. Il n'existerait donc entre les porteurs que des rapports contractuels trouvant leur fondement dans l'article 1134 C. C., et le contrat passé entre eux serait un contrat innomé (2).

Nous ne pouvons accepter pour notre part cette théorie, et cela pour plusieurs motifs. C'est d'abord qu'elle est une répétition, un « doublet » de l'ancienne théorie du contrat innomé qui existait avant 1901. En résumant plus haut l'évolution de l'association et de la société, nous nous sommes étendus à dessein sur le rôle qu'avait joué la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 en faisant disparaître du champ de notre droit la catégorie intermédiaire des contrats innomés. Puisqu'on a voulu la faire disparaître du domaine social, il ne faut pas chercher à en user maintenant.

D'autre part, nous n'avons personnellement guère confiance dans ces contrats innomés et *sui generis* qui nous semblent autant de moyens d'esquiver une difficulté. Une science doit tendre à simplifier, à aller du complexe au simple et ce n'est pas en reconnaissant des contrats innomés que la science juridique parviendra à ce but.

La loi de 1901, nous l'avons vu, n'offre aux porteurs qu'un cadre qu'il s'agit de remplir en serrant les réalités au plus près ; d'où la nécessité d'un certain nombre de conventions passées entre eux, conventions valables lorsqu'elles ne sont pas interdites par un texte (notamment par celui de la loi de 1901) et qui sont destinées à assurer le fonctionnement de l'association, dans le silence de la loi.

De là l'importance de ces conventions dont l'intérêt pratique capte l'attention des interprètes ; mais ce serait faire œuvre superficielle que d'arrêter notre analyse à elles seules, car c'est au-dessous d'elles que se trouve le substratum juridique indispensable à leur solidité, et,

(1) Voir, Tr. Civ. Seine, 14 avril 1927 et Tr. Civ. Dunkerque, 12 novembre 1926, *Journal des Sociétés*, 1928, p. 230.

(2) Consulter à ce sujet, DECUGIS, note, *Journal des Sociétés*, 1927, p. 291,

pour peu qu'on veuille y regarder de près, c'est la loi de 1901 qui finalement se trouve être à la base de cet édifice.

La théorie du contrat innomé ne peut conduire qu'à la constatation banale que les statuts font la loi des associés.

#### **Section IV. — Nécessité de l'intervention législative.**

Nous avons précédemment déterminé la nature juridique du groupement des porteurs de parts ; c'est, avons-nous dit, une association au sens de la loi de 1901, mais s'ensuit-il que toutes les difficultés soient de ce fait aplanies ? Si nous l'envisageons à l'œuvre, face aux réalités juridiques, nous constaterons bien vite que, malgré la précision apportée à sa nature juridique, la pratique est loin d'avoir forgé en elle une arme solide et définitive.

Etudions d'abord notre association dans le cadre de la loi de 1901. Ce cadre est-il favorable à son existence et à son développement ? Lui procure-t-il les moyens nécessaires pour parvenir à son but ? Lui permet-il de surmonter les difficultés à la résolution desquelles elle a été créée et de satisfaire les désirs qui ont présidé à sa constitution ?

Sans être négative, la réponse n'est pas satisfaisante. La loi de 1901 pose bien le principe de la validité du groupement des porteurs, mais son œuvre positive ne va pas plus loin. Dès qu'il s'agit d'organiser le jeu des volontés individuelles, de les coordonner en vue du but commun, la loi devient muette.

Il ne suffit pourtant pas de poser le principe de l'association, il faut en plus préciser ses pouvoirs vis-à-vis de ses membres et des tiers avec lesquels elle peut être appelée à entrer en rapport ; il faut la doter des organismes nécessaires à sa vie et sans lesquels toute collectivité est frappée d'impuissance. En un mot, il ne suffit pas de la créer, il faut l'animer.

Or, que trouvons-nous à ce sujet dans la loi de 1901 ? Une seule indication, celle de la capacité de l'association. Voilà, se dit-on, une disposition importante qui va nous permettre de répondre en partie aux questions que nous nous sommes posées. Mais on sait avec quelle parcimonie le législateur a octroyé la capacité aux associations et, finalement, cette disposition se retourne bel et bien contre notre groupement,

La loi de 1901 distingue en effet trois sortes d'associations dont la capacité est différente : les associations non déclarées, celles déclarées, et enfin celles qui bénéficient en plus d'une reconnaissance d'utilité publique. Les premières, dans lesquelles nous sommes bien obligés de ranger les associations de porteurs de parts qui ne sont que rarement l'objet d'une déclaration, ne jouissent d'aucune capacité, l'article 2 leur refusant expressément celle réservée aux associations déclarées, et combien modeste pourtant si on la compare à celle des sociétés. Elles ne pourront donc ni ester en justice, ni acquérir.

Il ne faut pas d'ailleurs exagérer l'importance de cette incapacité. On a soutenu que la personnalité n'était pas indispensable aux associations de porteurs (1). En effet, elles ne visent pas à posséder un capital, qu'en feraient-elles ? Le contrat d'association est suffisant pour lier entre eux les porteurs et les obliger à respecter les règles conventionnelles auxquelles ils pourraient soumettre leurs rapports réciproques. Enfin, poussant le raisonnement plus loin encore, la personnalité ne leur serait même pas nécessaire pour exercer les actions judiciaires collectives : on a fait remarquer que le vieil adage « Nul ne plaide par procureur » n'étant pas d'ordre public, il était possible aux parties d'en écarter l'application par une convention à laquelle la société débitrice ne pouvait se refuser, étant la première intéressée à la disparition des multiples actions individuelles et à leur remplacement par une action unique. Quant aux conventions, fort nombreuses en matière de parts bénéficiaires, passées entre l'association des porteurs et la société débitrice, elles profiteront ou nuiront immédiatement à leur patrimoine individuel.

Tout ceci est exact et il est heureux que les principes généraux viennent en aide à la loi de 1901 et puissent, par leur jeu naturel, masquer en partie son insuffisance. Il n'en demeure pas moins vrai que notre groupement ne jouit que d'une capacité restreinte et précaire, restreinte puisqu'elle ne peut l'exercer qu'à l'encontre de la société débitrice, et précaire puisque sa capacité d'agir en justice, qui intéresse tout spécialement les porteurs, dépend de la volonté de cette même société.

Mais quels seront les rapports des porteurs entre eux ? Quelle sera la capacité interne de l'association ? Ici la loi de 1901 est totalement

(1) BOSVIEUX et DECUGIS, notes précitées,

muette. Pourtant c'est là une question primordiale. Comment déterminera-t-on la volonté sociale, comment l'extériorisera-t-on ? Autant de points, qui, dans l'absence d'une réglementation légale, sont abandonnés à l'initiative des intéressés. Aussi, faute de guide, n'est-il pas étonnant de voir ceux-ci se tourner instinctivement du côté de la législation des sociétés qui met à leur disposition le schéma d'une organisation collective solide et emprunter à la loi de 1867 ses dispositions principales sur les assemblées générales et la représentation des actionnaires. C'est d'elles que se sont inspirés les rédacteurs des statuts des associations de porteurs de parts.

Comme dans une société, il y a des assemblées générales où les porteurs prennent part, sous des conditions de quorum analogues à celles des assemblées générales d'actionnaires, aux discussions intéressant leur association, et où s'élaborent les décisions que le vote de la majorité rend opposables aux absents et aux dissidents. Il n'est pas jusqu'aux simples détails d'organisation pratique qui n'ont été plagiés pour ainsi dire et transportés de la matière des sociétés à celle des associations : convocation, dépôt des titres, feuille de présence, ordre du jour... enfin élection d'un Conseil d'administration.

Dans le silence des textes, la détermination des pouvoirs de cette assemblée générale et du Conseil d'administration est chose particulièrement délicate. C'est qu'il s'agit de donner force exécutoire aux décisions d'une majorité qui iront parfois jusqu'à l'aliénation complète des droits du porteur (1).

Toutes ces conventions, portées aux statuts par les propriétaires de parts pour régler leurs rapports, sont valables, la loi de 1901 ne s'y opposant pas et aucun autre texte non plus.

Faut-il s'étonner du rôle insuffisant joué par la loi de 1901 ? Elle ne nous a servi qu'à établir la validité de notre groupement : elle lui a donné une base juridique mais s'est désintéressée de l'édifice qui devait la surmonter et que les porteurs, s'aidant du droit commun, ont pu construire dessus. L'évolution du droit des collectivités précédemment rappelée doit nous permettre de comprendre la cause de cette insuffisance.

Nous avons vu que les groupements créés pour la défense des droits

(1) La difficulté provient notamment de ce que le régime des parts bénéficiaires est souvent très mal déterminé par les statuts de la société,

de leurs membres ou pour leur éviter une perte, comme c'est le cas des ligues de porteurs de parts ou d'obligations, avaient, en raison de la nature des avantages qu'ils procuraient, été exclus du domaine de la société, mais que, loin d'entrer dans celui de l'association, ils étaient restés entre les deux, créant ainsi une catégorie intermédiaire dite des contrats innomés.

L'existence de cette catégorie, dans laquelle on peut faire rentrer toutes les « associations à but économique » telles que les coopératives, les tontines, les syndicats... qui reçurent un statut particulier durant la dernière moitié du <sup>xix</sup><sup>e</sup> siècle, n'était-elle pas le signe certain de l'impossibilité de les plier au concept de l'association ?

Ce fut pourtant l'œuvre de la loi de 1901, mais on ne peut pas dire que cette œuvre fut bonne et qu'il y a lieu d'en être satisfait. Le cadre de l'association, tel que l'a créé notre législateur, ne convient pas à ces groupements à but économique, et si leur annexion à la loi de 1901 a été possible et s'est effectuée sans secousse, c'est que tous les grands groupements que nous avons cités plus haut possédaient déjà un statut légal spécial qu'ils ont, d'ailleurs, conservé et qui leur permit de la supporter sans dommage.

Mais il n'en a pas été de même des unions de porteurs privées de tout statut particulier : d'importance médiocre vers la fin du <sup>xix</sup><sup>e</sup> siècle, elles ont maintenant sur la scène économique figure d'acteurs de premier plan, et, dans le cadre qui leur a été assigné, elles étouffent. Le titre même de société civile que la pratique s'entête à leur donner, malgré son illégalité certaine, est une nouvelle preuve de leur tendance à déborder de la loi de 1901.

Mais quel remède apporter à cela, dira-t-on ? Quelle est la réforme à réclamer ? Va-t-il falloir reconnaître la validité de ces associations à but économique en marge de la société et de l'association et sanctionner ainsi les anciens contrats innomés ? Ou, poussant la réforme plus loin encore, allons-nous nous attaquer au critère de distinction élaboré par plus d'un siècle de doctrine et de jurisprudence et, arguant entre autre du phénomène qui pousse les associations à but économique vers la forme sociale, les englober dans le domaine de la société d'où elles n'auraient jamais dû sortir (1) ? Ou bien ne ferons-

(1) En ce sens, KAYSER, *op. cit.* ; consulter également HAMEL, *Revue critique de Législation et de Jurisprudence*, 1925, p. 329,

nous que demander la modification du régime actuel des associations afin de leur assurer les organismes nécessaires à leur but ?

Toutes ces réformes appellent un travail bien considérable, eu égard, disons-le, à l'importance du sujet, c'est-à-dire à la formation et au fonctionnement des associations de porteurs de parts, qui, seules avec les unions d'obligataires à ne pas avoir de statuts légaux particuliers, ne sont qu'une partie bien minime des collectivités dont notre législation assure actuellement l'existence.

Le problème pourtant nécessitait une solution législative. D'autant plus que si les groupements de porteurs entraient très mal dans le cadre de la loi de 1901, l'application du droit commun y produisait certains effets regrettables qui appelaient inévitablement l'intervention du législateur.

Incontestablement licite en vertu de la loi de 1901, l'association des porteurs ne peut être rendue valable que par l'observation de certaines conditions communes à tous les contrats. « L'association, dit l'article premier, est régie, quant à sa validité, par les principes généraux du droit applicables aux contrats et obligations ». Elle est donc soumise à l'observation de l'article 1108 C. C. qui énumère les quatre conditions essentielles à la validité des conventions. Sans nous arrêter à chacune d'elles, voyons seulement comment les porteurs donnent leur consentement au contrat d'association.

Théoriquement, le porteur de parts doit être libre d'accorder ou de refuser son adhésion. Pratiquement, il ne peut mieux faire dans la majorité des cas que de la donner, car il est d'usage de subordonner par une clause des statuts de la société émettrice l'acquisition de la qualité de porteur à l'entrée dans l'association formée entre eux, et dont les statuts particuliers font le plus souvent partie intégrante du pacte social. C'est ainsi qu'il est stipulé que la seule acquisition du titre, sur lequel les clauses les plus importantes de ces statuts particuliers sont souvent reproduites, emportera de plein droit adhésion à l'association (1).

Ainsi envisagé, le contrat d'association n'est pas passé entre les porteurs, mais il leur est imposé et prend les aspects d'un « contrat

(1) Nous supposons que le porteur aura eu connaissance exacte de ces clauses avant l'acquisition du titre. La jurisprudence n'attache pas cette connaissance à la seule possession de celui-ci (comparer HAMEL, *Revue des Sociétés*, 1924, p. 249).

d'adhésion ». Il est vrai que nul n'est jamais dans l'obligation de devenir porteur de part de telle société (1), mais si on entend le devenir, il faut s'incliner devant la volonté des fondateurs de la société débitrice auxquels revient généralement le soin de dresser les statuts de l'association.

Situation étrange, puisqu'il y a opposition d'intérêts entre la société représentée par ses fondateurs et les membres de l'association. Il y a là une source de graves abus et la cause de l'animosité dont nos tribunaux ont parfois fait montre contre les ligues de porteurs de parts et d'obligations, et dont nous avons trouvé trace en examinant la jurisprudence. Il est facile en effet à la société débitrice, soit de leurrer les porteurs sur la valeur des moyens de défense mis à leur disposition, soit même de rendre ces derniers illusoires, malgré leur importance apparente, en mettant la main sur la direction de l'association (2), par exemple en l'assujettissant à une dépendance étroite.

D'autre part, et en admettant que le pacte social soit muet à ce sujet, qu'il n'ait pas attaché *ipso facto* la constitution d'une forme d'union quelconque à l'achat des parts bénéficiaires, il ne faut pas croire que le problème sera résolu par l'association que les porteurs pourraient former par la suite de leur propre initiative. Certes, les statuts qu'ils se donneront alors, de même que l'administration qu'ils mettront à leur tête seront exempts des reproches que nous adressons tout à l'heure aux statuts rédigés et aux administrateurs désignés par la société débitrice, mais l'association ainsi constituée risque de présenter un gros défaut qui peut aller jusqu'à lui ôter toute utilité, car les décisions qui seront prises dans son sein ne seront opposables qu'aux seuls porteurs qui auront déclaré y adhérer expressément. Les autres, ceux qui n'auront pas voulu faire partie

(1) Il faut cependant excepter le cas où la société déclarée en faillite offre des parts bénéficiaires moyennant la remise totale ou partielle de son passif. Le créancier lié par le vote de la majorité peut ainsi se trouver attributaire de parts contre son gré. Mais il est vrai que, dans ce cas, le péril était moins grand pour lui d'entrer dans une association, dont la société avait inspiré les statuts, du fait de la présence d'un syndic ou liquidateur et de l'avantage que présente à la société l'offre à ses créanciers d'un concordat satisfactorie en tous points.

(2) On voit parfois le Président du Conseil d'administration de la société débitrice présider aussi celui de la société civile des porteurs de parts. Fréquemment, le représentant du groupement était imposé par la société,

de l'association, conserveront tous leurs droits et actions contre la société.

Il est inutile d'insister là-dessus, ce n'est que l'application des principes généraux qui interdisent d'être engagé conventionnellement sans consentement (1). Si une telle association ne groupe pas l'ensemble des porteurs, son utilité est considérablement réduite ; on peut même dire qu'elle manque son but.

Il devient donc nécessaire de forcer la main aux intéressés et de vaincre leur inertie en les englobant dans l'association sans leur occasionner de dérangements ni leur réclamer d'initiative, et de rendre le groupement obligatoire. Ce qui peut se faire de deux façons soit conventionnellement, soit légalement. Conventionnellement : en subordonnant à l'achat du titre l'adhésion de l'acquéreur à l'association dont les statuts seront préparés à l'avance ; nous avons dit que c'était prêter le flanc à de graves fraudes (2). Légalement : en réclamant une solution législative rendant le groupement obligatoire, dont l'intervention seule pouvait remédier à ce défaut inhérent à notre matière.

Nature juridique incertaine, avec pour conséquences l'inorgani-

(1) Jurisprudence constante : Tr. Com. Marseille, 13 janvier 1921 (*Journal des Sociétés*, 1921, p. 110) et sur appel C. Aix, 16 janvier 1922 (*Revue des Sociétés*, 1922, p. 372), C. Bordeaux, 28 novembre 1927 (*Journal des Sociétés*, 1929, p. 206).

(2) Un procédé très équitable était le suivant : subordonner à l'achat des parts bénéficiaires la constitution d'une association des porteurs, mais sans en préciser les conditions d'établissement et de fonctionnement. C'était donc à ceux-ci à se réunir en une sorte d'assemblée constitutive pour arrêter entre eux ces conditions et rédiger les statuts.

Le seul inconvénient était de nécessiter certains efforts de la part des porteurs pour parvenir à la réunion de l'assemblée constitutive. En fait celle-ci n'avait jamais lieu.

Cette situation pouvait donner naissance à un problème intéressant. Supposons que quelques porteurs se soient réunis par la suite et aient constitué entre eux une association. Les délibérations de celle-ci étaient-elles opposables aux autres porteurs qui n'avaient pas adhéré au groupement ? La Cour de Bordeaux, statuant dans une espèce semblable (arrêt du 28 novembre 1927, *Journal des Sociétés*, 1929, p. 206), admit la solution négative parce que l'obligation imposée aux porteurs de parts, de constituer une société civile ou une association, n'étant pas susceptible d'exécution forcée, exigeait pour son exécution l'accord des volontés de la totalité des porteurs.

sation et l'indétermination de ses pouvoir ; arme à double tranchant pouvant entre les mains d'une société de mauvaise foi servir à combattre les porteurs, tels étaient les deux défauts que présentait le groupement des porteurs de parts.

L'œuvre de la pratique était donc loin d'être parfaite, malgré ses efforts. Mais comment aurait-elle pu l'être, avec les matériaux insuffisants dont elle était construite ? Disons-le également, elle ne fut guère facilitée par la jurisprudence qui refusait de prendre nettement position dans la question de la nature juridique du groupement, non plus que par le législateur dont l'inertie fut cause des longs errements empiriques des praticiens (1).

La réforme législative qui était réclamée devait donc tendre à qualifier juridiquement notre groupement — nous croyons avoir montré que le concept d'association seul lui était applicable — et, le cas échéant, si cette qualification devait bien être cherchée dans la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901, à combler l'insuffisance de cette loi, en définissant dans la mesure du possible les clauses principales devant assurer le fonctionnement de l'association, de façon à mettre les porteurs à l'abri des dangers d'un « contrat d'adhésion ».

En résumé, « donner une base juridique à la formule française en y voyant une association qui doit se soumettre aux règles de l'association ; définir, dans un texte comparable à l'article 31 actuel de la loi de 1867, les pouvoirs des assemblées et les conditions de quorum et de majorité nécessaires pour chaque résolution, tels sont les deux résultats auxquels on doit arriver... (2) ».

Ce programme, bien qu'étant celui que l'on proposait au législateur en matière de groupement d'obligataires, nous semble parfaitement correspondre à celle des groupements de porteurs de parts.

---

(1) Nous rappelons qu'il a fallu attendre jusqu'en 1929 pour avoir une définition légale des parts bénéficiaires émises par les sociétés commerciales.

(2) ESCARRA, *Journal des Sociétés*, 1924, p. 274.

## CHAPITRE III

### LA FORMULE LÉGALE DE LA LOI DE 1929

Dans nos précédents chapitres, nous avons successivement posé le problème du groupement des porteurs de parts bénéficiaires, puis exposé les moyens divers que l'imagination des praticiens avait proposés pour sa solution ; nous avons vu que ces moyens étaient insuffisants et réclamaient une intervention législative.

Avant de donner naissance à la loi du 23 janvier 1929 (1), cette intervention se fit longtemps attendre et longtemps désirer. Le premier projet sur le groupement des porteurs de parts, issu des travaux d'une Commission extraparlémentaire instituée par le Garde des sceaux le 21 juin 1902, fut déposé au Parlement le 4 juillet 1903. Il faisait partie d'un projet plus vaste dont le premier titre intéressait les obligations et le second, les parts de fondateur.

Devenu successivement caduc en 1906 et en 1910, l'ensemble des deux titres fut repris par M. CHASTENET le 29 mai 1911, sans plus de succès. Le 7 janvier 1914, M. CHASTENET, devenu sénateur, le reprenait à nouveau et le déposait sur le bureau du Sénat. Mais il semblait que la fatalité s'acharnât contre lui : les événements qui suivirent 1914 le firent tomber dans un profond oubli d'où il ne devait sortir qu'en 1922 lorsque le 6 juillet, la Commission sénatoriale du commerce et de l'industrie déposa un rapport traitant du premier titre de la proposition CHASTENET. Le deuxième titre relatif aux parts de fondateur fit l'objet d'un rapport supplémentaire déposé le 25 janvier 1923.

La Commission sénatoriale avait ainsi définitivement scindé les deux titres du projet qui jusqu'alors étaient liés l'un à l'autre. Désor-

(1) *Journal officiel* du 25 janvier 1929. (Voir appendice, *infra*, p. 148).

mais chacun d'eux se suffit à lui-même ; c'est ce qui explique que, par un phénomène bizarre de notre procédure législative, le titre relatif aux parts de fondateur ait pu être pris en considération alors que celui intéressant les obligations dort encore dans les cartons.

Voté par le Sénat le 9 décembre 1924, le texte proposé par la Commission subit quelques retouches dans son article 6 avant d'être adopté par la Chambre des députés le 28 février 1928. Le Sénat, appelé à se prononcer à nouveau en raison des modifications apportées à l'article 6, l'adopta à son tour le 20 décembre suivant. Le vote du texte de la Commission sénatoriale, ainsi amendé, n'avait soulevé aucune discussion.

La loi ne fut promulguée que le 23 janvier 1929 (1). C'est à son étude que nous allons nous attacher dans ce chapitre.

On pourrait croire que l'organisation qu'elle crée a été empruntée à l'une des formules essayées par la pratique antérieure, association ou société. Il n'en est rien ; en présentant son rapport sur la proposition de loi organisant la représentation des obligataires, basée sur la même conception que celle des porteurs de parts, M. COIGNET disait au Sénat : « Votre Commission n'a pas pensé qu'il fût nécessaire de donner au mode de représentation des obligations que vous allez instituer, le support de l'association ou de la société civile, à supposer qu'un groupement d'obligataires puisse valablement recourir à l'une ou l'autre de ces formes (2) ».

Ayant ainsi fait table rase des systèmes proposés antérieurement, le législateur dut en bâtir un nouveau. Au lieu de se contenter d'écouter les doléances de la pratique et de préciser législativement la représentation des parts bénéficiaires dans une formule déjà ébauchée, il a voulu faire du neuf (3).

(1) La loi a donc été promulguée plus d'un mois après son vote définitif, ce qui est contraire aux usages sans cependant aller nécessairement à l'encontre de nos règles constitutionnelles. L'article 7 de la loi organique du 16 juillet 1875 dit que : « le Président de la République promulgue les lois dans le mois qui suit la transmission au Gouvernement de la loi définitivement adoptée ». Et non dans le mois qui suit son vote définitif. (Aucun doute n'est possible à ce sujet ; voir ESMEIN, *Eléments de droit constitutionnel*, t. II, p. 71 et 72.)

Il se peut qu'il y ait là l'explication de ce retard de quelques jours.

(2) Voir le rapport de M. COIGNET, rapporteur au Sénat (*Journal officiel*, documents parlementaires, Sénat, 1922, annexe n° 515).

(3) En réalité, on rencontre parfois dans la pratique antérieure une formule

Dans notre loi, les parts sont classées par « masse ». « Il peut exister, dans une même société, différentes catégories de parts de fondateur ou de parts bénéficiaires, pourvues de droits inégaux ; chaque catégorie forme une masse distincte » (art. 1<sup>er</sup>, § 4).

Ce qu'est une masse, seuls les travaux préparatoires peuvent nous l'apprendre, à charge de se référer à la masse des obligataires à laquelle on est renvoyé pour sa définition qui est la suivante : c'est « une situation analogue à celle de la masse des créanciers d'une faillite ou d'une liquidation judiciaire. Ils s'assemblent, ils ont un représentant et pourtant ils ne sont pas en société. La mauvaise volonté, le calcul ou l'abstention d'un obligataire ne peuvent de la sorte entraver des solutions utiles à tous (1) ».

Cette masse peut se réunir parfois en assemblée générale pour voter, sous des conditions déterminées, des décisions opposables à tous. C'est la partie la plus importante de la loi, celle dont on est en droit d'attendre les principaux effets pratiques.

Assurer le jeu de la loi de majorité, même au moyen d'une atteinte à la liberté des droits des porteurs, atteinte qu'il s'efforcera d'entourer de conditions suffisantes de protection, tel a été l'unique souci de la loi. Tout le long des travaux préparatoires, d'ailleurs bien courts, et dans tout son texte on retrouve la même idée. Elle n'a été faite que pour parer aux inconvénients d'une situation de fait particulière. Mais le législateur n'a fait aucun geste pour essayer de la dominer.

Ainsi, il n'y a pas à s'illusionner sur la conception qui a présidé à sa création ; les organismes qu'elle met à notre disposition n'ont qu'un but : permettre l'élaboration et l'extériorisation d'une volonté majoritaire. Ce n'est pas une formule de groupement, c'est seulement un rassemblement de porteurs de parts : ils viennent, votent et s'en vont.

conventionnellé présentant quelques analogies avec la formule adoptée par la loi.

Elle se bornait en effet à organiser une réunion des porteurs de parts, dite « assemblée générale », où ils discutaient avec la société débitrice les modifications à apporter au régime de leurs titres.

Cette formule embryonnaire se prêtait facilement à la critique. Tout en ayant les inconvénients du système conventionnel, elle ne réussissait même pas à grouper les porteurs (voir LECOUTURIER, *op. cit.*, n° 285 ; DECUGIS, *Traité des sociétés par actions*, 3<sup>e</sup> édit., n° 75.)

(1) Voir le rapport de M. ROUSSEAU sur le projet de 1903 dans le *Journal des Sociétés*, 1903, p. 441.

On a bien essayé, il est vrai, d'organiser une représentation de la masse par mandataires nommés par l'assemblée générale. Nous reviendrons sur cette création de la loi, création assez mal venue et dont le caractère est passablement étrange, en tout cas nouveau dans notre législation.

De l'esprit de la loi, de la manière dont elle conçoit le groupement des porteurs, nous devons bien entendu soigneusement tenir compte pour l'interprétation de son texte, ce dont nous allons nous occuper dès à présent.

### **Section Première. — Des assemblées générales.**

L'avant-dernier paragraphe de l'article premier constitue la grande innovation de la loi : « Nonobstant toute stipulation contraire, les propriétaires de parts d'une même masse peuvent être réunis en assemblée générale, à toute époque, et prendre, à la majorité, en se conformant aux dispositions des articles 3 à 11 ci-après, des résolutions qui s'imposent à tous les porteurs ».

Précisons bien que ces assemblées ne sont ni périodiques, ni même prévues à époque déterminée. Les propriétaires de parts peuvent être réunis « à toute époque », dit l'article premier. Ce n'est que lorsque se fera sentir le besoin de déterminer la volonté collective que l'on usera des assemblées générales. Ceci ne doit pas nous étonner : dans l'esprit de la loi, la réunion des porteurs est destinée, comme celle des créanciers d'un commerçant déclaré en état de faillite, à résoudre une difficulté passagère, un cas plutôt exceptionnel et imprévisible.

Malgré son caractère éventuel, la réunion des porteurs en assemblée générale est un droit dont on ne saurait les priver. Le texte débute en effet par ces termes : « nonobstant toute stipulation contraire... ». Il doit donc être considéré comme d'ordre public et toute convention allant à son encontre serait radicalement nulle.

Remarque dont il faut souligner l'importance, car l'article premier (avant-dernier paragraphe), en créant des assemblées générales soumises à la loi de majorité, pose le principe de la substitution de la volonté collective aux volontés individuelles des porteurs : les articles 3 à 11 qu'il annonce ne sont que son propre développement.

C'est donc ce principe lui-même qui doit être considéré comme étant d'ordre public : depuis la loi de 1929, aucune convention ne peut plus écarter l'application de la loi de majorité au rassemblement des propriétaires de parts, rassemblement qu'elle décore du nom de « masse » (1).

En résumé, on peut dire que le droit à la réunion en assemblée générale est devenu un des droits essentiels des porteurs de parts, auxquels eux-mêmes ne sauraient pouvoir valablement renoncer ; mais ce droit est en quelque sorte latent.

#### A. — COMPOSITION DE L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE.

Aux termes du dernier paragraphe de l'article premier : « Une même assemblée générale ne peut comprendre que les propriétaires de parts d'une même masse », une masse ne pouvant comprendre elle-même que des parts pourvues de droits égaux.

Il faut également approuver cette disposition. Une réunion d'où sortira une décision prise à la majorité ne doit grouper que des individus possédant des droits rigoureusement égaux. La loi de majorité ne peut équitablement jouer qu'à charge d'observer cette condition essentielle.

En pratique nous ne croyons pas qu'il en soit fait un fréquent usage, du moins actuellement ; il est rare de trouver au sein d'une même société des parts bénéficiaires dotées de droits différents. Le législateur s'est ici laissé entraîner par le parallélisme déjà signalé entre les groupements de porteurs de parts et d'obligataires (2).

Les grandes sociétés procèdent parfois à de fréquents emprunts par voie d'émission d'obligations dont les conditions varient chaque

(1) L'article 14 confirme le caractère obligatoire de la loi de majorité : non seulement la loi de 1929 est applicable à toutes les parts qui seront créées après sa promulgation, mais elle a un effet immédiat et doit s'appliquer aux parts créées avant sa promulgation, sauf à celles — réserve qui s'explique d'elle-même — qui seraient déjà soumises à un mode de représentation collective vis-à-vis de la société émettrice.

Au surplus, voir *infra* p. 122 et s.

(2) La proposition de M. CHASTENET ne comportait pas le classement des parts en masse. Ce fut l'œuvre de la Commission sénatoriale dans son rapport déposé le 25 janvier 1923 (*Journal officiel*, documents parlementaires, Sénat, 1923, annexe n° 35).

fois, de sorte qu'il est indispensable de classer les porteurs suivant l'étendue de leurs droits. Il est évident qu'une formule de groupement d'obligataires doit soigneusement tenir compte de cet état de choses. Mais il est loin d'en être ainsi pour les parts de fondateur.

Cependant, il y a dans cette disposition de la loi une précision peut-être excessive, mais susceptible de prendre une grande importance si, comme il y a lieu de le penser, les parts bénéficiaires deviennent l'objet d'un emploi plus fréquent, et surtout plus répété, du fait de la réglementation légale dont elles viennent d'être l'objet : rien ne s'oppose plus à ce qu'une société émette durant son existence, avec l'assentiment des porteurs réunis en assemblée générale, plusieurs séries de parts dotées de droits différents.

Nous avons dit que cette disposition de l'article premier pouvait être approuvée ; formulons cependant une réserve. Il y a des cas où l'intérêt de tous les porteurs est semblable (1). Pourra-t-on alors les réunir en une seule et même assemblée ou faudra-t-il encore observer leur classement par masse ? Aucune hésitation n'est possible devant le texte formel de la loi qui ne fait pas de distinction de ce genre. Il y aura donc lieu de réunir une assemblée par masse pour faire examiner à chacune d'elles la mesure proposée (2).

Cette méthode offre des inconvénients manifestes. Elle augmente sans compensation pour personne les frais de la société (nous verrons plus bas que les frais de convocation et de tenue de l'assemblée sont mis à sa charge) ; de plus, et puisque par hypothèse les porteurs ont tous le même intérêt, elle fait courir le risque d'une contradiction entre les décisions des assemblées de deux masses différentes.

En revanche tous les porteurs peuvent assister à l'assemblée (3). C'est ce qui ressort de l'ensemble de la loi et notamment de l'article 4 qui ne prévoit aucune condition pour être porté sur la feuille de présence. Il semble donc qu'elle soit plus libérale que celle du 24 juillet 1867 qui, dans son article 27, § 1, déclare licite la clause des statuts réservant l'accès des assemblées générales d'actionnaires aux porteurs d'un certain nombre de titres.

En réalité, ce libéralisme n'est qu'apparent. On sait que la loi

(1) Notamment lors des deux opérations prévues à l'article 9 de la loi : modifications touchant à l'objet ou à la forme de la société.

(2) *Sic* CORDONNIER, *Journal des Sociétés*, 1929, p. 326, § 11.

(3) *Sic* CORDONNIER, *op. cit.*, *éod. loc.*

de 1867 ne retient la validité de la clause ci-dessus que lorsqu'il s'agit d'assemblées générales ordinaires. Pour les autres assemblées, extraordinaires ou constitutives, on revient au « suffrage universel » et toute clause contraire serait sans effet, ceci en raison de l'importance des décisions que ces dernières sont appelées à prendre. Or, on peut dire que les délibérations des assemblées générales de porteurs de parts porteront presque toujours sur des aliénations partielles ou totales de leurs droits de créanciers, aliénations qui leur seront sollicitées par la société émettrice. La loi de 1929 ne prévoyant qu'une seule sorte d'assemblée de porteurs, il fallait bien lui donner la forme « extraordinaire », partant accorder son accès à tous les intéressés sans exception (1).

D'où nous tirerons la conclusion suivante : que toute clause refusant au petit porteur de parts l'accès de l'assemblée générale serait radicalement nulle. Tout porteur, quel que soit le nombre de ses titres, a droit d'assister à la délibération et de prendre part au vote. Ceci est d'ordre public.

Les porteurs d'ailleurs ne sont pas obligés d'assister personnellement à l'assemblée. Ils peuvent se faire représenter par un mandataire. Seulement « les mandataires doivent être personnellement membres de l'assemblée » (art. 4, § 1<sup>er</sup>, *in fine*). Nous n'insisterons pas sur cette réserve, qui a été inspirée par la pratique des assemblées générales d'actionnaires. Les statuts d'une société anonyme refusent souvent aux absents le droit de choisir leurs mandataires ailleurs que parmi les autres actionnaires afin d'éviter la divulgation des affaires sociales. Le législateur de 1929 a obéi à la même idée (2).

## B. — DE LA CONVOCATION.

### 1<sup>o</sup> Du droit de convocation.

En principe, la société débitrice seule a le pouvoir de convoquer l'assemblée générale, à charge de fixer l'ordre du jour : « L'assemblée générale des propriétaires de parts peut être convoquée par la société

(1) Exposé des motifs, titre I<sup>er</sup> (*Journal officiel*, documents parlementaires, Sénat, 1914, annexe n<sup>o</sup> 19).

(2) Cette réserve ne peut, bien entendu, viser que la représentation conventionnelle et non la représentation légale.

par actions, qui, dans ce cas, fixe l'ordre du jour de l'assemblée. » (Art. 2, § 1<sup>er</sup>.)

Cette liberté d'action, touchant à la fois la convocation de l'assemblée et la fixation de son ordre du jour, est trop grande pour qu'il n'y ait pas lieu d'y apporter une compensation au profit des porteurs de parts, d'autant plus qu'elle pourrait devenir pour eux un véritable danger. Le groupement des porteurs ne doit pas servir uniquement à favoriser la marche des affaires sociales, mais aussi à assurer la défense des intérêts collectifs de ses membres. Le législateur ne pouvait, sur ce dernier point, avoir la naïveté de s'en remettre à l'initiative de la société ; il est bien facile de supposer qu'elle n'ira pas procéder à la convocation d'une assemblée dont l'ordre du jour, qu'elle doit fixer, portera expressément la délibération sur un terrain contraire à ses intérêts, qui, par exemple, soumettra à l'assemblée l'opportunité d'une action judiciaire contre elle. C'est pourquoi la loi, afin de lui éviter d'être prise entre son intérêt et son devoir, autorise également les porteurs de parts à prendre l'initiative de la convocation (Art. 2, § 2, 3 et 4) :

« Un groupe de porteurs possédant un vingtième des parts existant dans une masse peut prendre l'initiative de la convocation de l'assemblée générale.

« Il présente, à cet effet, à la société, une demande indiquant l'ordre du jour de l'assemblée générale.

« Si, dans le mois qui suit la date de cette demande, l'assemblée générale n'a pas été convoquée, le groupe des porteurs de parts peut procéder lui-même à la convocation, en obtenant une autorisation à cet effet du président du Tribunal de commerce du siège de la société. »

Cette disposition est indispensable pour contrebalancer la liberté accordée à la société. Mais encore ne faut-il pas tomber dans l'excès contraire et accorder à tout propos, et hors de propos, le droit de convocation car il est à craindre que les porteurs de parts ne soient tentés d'en abuser, l'exercice ne leur en coûtant rien. Au contraire, les frais de convocation et de tenue des assemblées mis à la charge de la société sont une excellente garantie de l'importance des réunions qu'elle provoquera. Il faut donc entourer l'exercice du droit accordé aux porteurs de certaines précautions destinées à écarter les demandes de réunion basées sur des motifs futiles.

Ces précautions sont multiples. Tout d'abord, le droit de convoca-

tion n'est pas donné aux porteurs individuellement, mais à un « groupe de porteurs possédant un vingtième des parts existant dans une masse ». De cette façon, on est certain que la convocation demandée représente une partie suffisamment importante des intérêts de la masse pour être prise en considération. De plus, le groupe doit indiquer l'ordre du jour.

Demande de convocation et fixation de l'ordre du jour doivent être présentées par écrit à la société. Les porteurs en effet ne procèdent pas eux-mêmes à la convocation. Le soin de remplir les formalités nécessaires est abandonné à la société. Celle-ci n'est d'ailleurs pas juge de l'opportunité de la demande, non plus que de la teneur de l'ordre du jour indiqué ; requise par les porteurs de procéder à la convocation, elle doit s'exécuter dans le mois qui suit la date de la demande.

Comment lui forcer la main si elle ne s'exécute pas dans ce délai ? Dans la proposition CHASTENET, ce résultat devait être obtenu par la menace de certaines pénalités édictées contre le Conseil d'administration de la société récalcitrante (1). La Commission sénatoriale modifia le projet sur ce point et adopta une formule plus intéressante et surtout plus effective (2) : « Si, dans le mois qui suit la date de cette demande, l'assemblée générale n'a pas été convoquée, le groupe des porteurs de parts *peut procéder lui-même à la convocation*, en obtenant une autorisation à cet effet du président du Tribunal de commerce du siège de la société » (art. 2, § 4). L'autorisation du juge est une nouvelle garantie contre les demandes de convocation abusives (3).

La loi contient de nombreuses lacunes au sujet de cette autorisation. Quel est le caractère de la décision du président ? Nous sommes indiscutablement en présence d'un acte d'administration

(1) Tel était le texte de la disposition :

Art. 27. — « Sont punis des peines portées en l'article 405 du Code pénal :

« 1<sup>o</sup> Les gérants ou administrateurs qui, dûment avertis, ne convoquent pas l'assemblée des porteurs de parts dans la huitaine de la réquisition à eux faite conformément à l'article 20.

« 2<sup>o</sup> ..... »

(2) Rapport de M. COIGNET (*Journal officiel*, documents parlementaires, Sénat, 1923, annexe n<sup>o</sup> 35).

(3) Rapport précité, *cod. loc.*

judiciaire, et non d'un acte de juridiction, en raison même du terme « d'autorisation » employé par l'article 2 (1).

D'importantes conséquences découlent de ce caractère. Comme tous les actes d'administration judiciaire, qui ne produisent pas l'autorité de la chose jugée, aucune voie de recours, opposition ou appel, n'est ouverte contre elle ; d'autre part, nous lui donnerons la forme d'une ordonnance rendue au pied de requête, par analogie avec d'autres actes semblables emportant permission du juge (ordonnances permettant d'assigner à bref délai, de saisir sans titre, autorisant la prise de possession du légataire universel institué par testament non authentique... (2).

Enfin, quel sera le rôle du président lors de la signature de la requête à lui présentée ? Le législateur, dans les cas semblables, oublie généralement de le définir (3). Le but de l'autorisation est, avons-nous dit, d'éviter les convocations abusives. Le juge doit donc se borner à examiner sommairement et uniquement l'importance des motifs allégués par les porteurs requérants à l'appui de leur demande, mais il ne peut pas les juger. Sous le bénéfice de cette réserve, son pouvoir est discrétionnaire (4).

Convocation par la société débitrice, convocation par un groupe de porteurs possédant un vingtième des parts d'une masse, tels sont les deux cas prévus par la loi. Ce système est nettement préjudiciable aux porteurs. Il aboutit à donner à la seule société le pouvoir de convoquer l'assemblée générale. Comment les porteurs pourraient-ils y procéder ? Réunir un vingtième d'une masse de titres disséminés n'est pas chose aisée, les sociétés émettant souvent des milliers de parts. Nous le savons, les porteurs ne se connaissent pas et la loi nouvelle ne crée aucun lien permanent entre eux.

(1) Si l'on se réfère à la théorie plus répandue qui classe les actes en actes de juridiction gracieuse et actes de juridiction contentieuse, c'est parmi les premiers que nous rangerons l'autorisation réclamée par l'article 2, ce qui ne modifie pas nos déductions.

(2) *Sic* GAIN, *Commentaire de la loi du 23 janvier 1929*, D. P., 1929, IV, 51, sous l'article 2.

(3) Ce qui est notamment le cas de l'article 1108 C. C.

(4) Il va sans dire que l'autorisation du juge, une fois obtenue, reste acquise pour chacune des trois assemblées successives organisées, comme nous allons le voir dans un instant, par l'article 6.

Un autre critique peut encore lui être adressée. Comme nous le verrons, la loi de 1929 permet à l'assemblée générale d'élire des représentants auxquels elle reconnaît un certain droit de contrôle sur la marche des affaires sociales. Or, le droit de convocation ne leur est pas accordé. On aboutit donc au système suivant, contraire au simple bon sens : un groupe de porteurs possédant un vingtième des parts, ignorant tout de la situation de la société, peut demander la réunion d'une assemblée alors que leur représentant, doué du droit de contrôle, qui seul parmi tous, du fait des pouvoirs qui lui sont accordés par la loi, pourrait apprécier l'opportunité des décisions à prendre, est impuissant à la provoquer.

Mais l'assemblée générale pourrait-elle leur déléguer le droit de procéder à sa convocation ? Nous reviendrons sur cette question lorsque nous traiterons des représentants. Contentons-nous seulement d'indiquer que l'affirmative est certaine.

## 2<sup>o</sup> Des formalités de convocation.

Elles sont exposées dans l'article 3 ainsi conçu :

« L'assemblée est convoquée par deux insertions successives du même contexte, dans le *Bulletin annexe* du *Journal officiel* et par une insertion dans un journal d'annonces légales du lieu du siège social.

« La convocation indique l'ordre du jour de la réunion, ainsi que le mode adopté pour la justification de la possession des parts qui existeront en la forme au porteur.

« L'assemblée ne peut être tenue que huit jours après la dernière insertion ».

Les mêmes formalités sont applicables aux trois assemblées successives à quorum décroissant prévues par l'article 6 qui, pour la convocation de chacune d'elles, renvoie expressément aux dispositions de l'article 3 (1).

C'est un gros problème que celui de rechercher les moyens de toucher les porteurs de titres disséminés. Il est pourtant essentiel de lui trouver une solution pratique, sinon, c'est la mainmise de la

(1) Le système de la loi de 1929 s'écarte donc de celui adopté par la loi du 22 novembre 1913. Ce n'est qu'au cas où une première assemblée générale extraordinaire n'aurait pas atteint le quorum exigé que le législateur de 1913 a imposé les insertions au *Journal officiel*.

société sur la majorité de l'assemblée à l'aide de porteurs à sa dévotion. Or nous sommes persuadés que ceux proposés par la loi ne seront pas d'une grande efficacité.

D'abord, pourquoi avoir choisi le *Bulletin Annexe* du *Journal officiel* ? (1). S'il existe un périodique qui soit peu lu et dans lequel les recherches soient laborieuses, c'est celui-là. Le propriétaire de quelques parts va-t-il s'abonner pendant des années au *Bulletin Annexe* et compulser régulièrement ce volume pour attendre un avis qui peut-être bien ne paraîtra jamais ? Irons-nous chercher les raisons juridiques ou pratiques qui ont pu motiver le choix du législateur ? Non, disons-le de suite, l'Imprimerie nationale coûte cher aux finances publiques et il est politique de lui procurer de la clientèle. Certes, l'idée de centraliser la publicité intéressant les sociétés est bonne, mais l'expérience a depuis longtemps montré que le *Bulletin Annexe* n'est pas un moyen de la réaliser. Quoi qu'il en soit, il faut tenir pour nuls et sans effet les deux avis successifs demandés par l'article 3.

Nous devons en passant faire remarquer l'expression de la loi : « Deux insertions successives » dit-elle. Les projets de 1903 et de 1914 disaient : « Un avis inséré deux fois à huit jours d'intervalle ». Le texte adopté est destiné à dissiper un doute. Le *Bulletin Annexe* ne paraissant qu'une fois par semaine, il n'y a que sept jours entre deux *Bulletins* successifs. Une interprétation trop littérale aurait donc conduit les praticiens à laisser s'écouler deux semaines entre les insertions, au lieu d'une comme le désire la loi.

L'insertion faite dans un journal d'annonces légales du lieu du siège social, c'est-à-dire du lieu du siège de la société émettrice, sera plus effective ; mais sa publicité sera encore toute relative. Dans les centres importants, il existe plusieurs journaux d'annonces légales. Lequel choisira-t-on ? La société n'aura-t-elle pas tendance, lorsqu'elle voudra solliciter de l'assemblée générale une mesure favorable à ses seuls intérêts, à employer le périodique n'ayant que le plus faible rayon d'action ? D'ailleurs, ces sortes de journaux sont loin d'être répandus dans le grand public. C'est là la plus grande critique que l'on puisse faire au système de la loi, surtout qu'en notre matière, les

(1) Depuis le décret du 3 février 1912, le *Bulletin Annexe* du *Journal officiel* porte le nom de *Bulletin des Annonces légales obligatoires à la charge des Sociétés financières*.

assemblées générales sont irrégulières, leur réunion n'étant ni périodique ni prévue à date fixe. Il sera donc impossible aux intéressés de prévoir approximativement l'apparition de l'insertion. A notre avis, il aurait été préférable d'employer pour cette insertion légalement obligatoire les journaux à grand tirage, largement répandus dans tous les milieux sociaux (1).

Le législateur aurait pu également s'inspirer d'une clause qui se rencontre assez fréquemment dans les statuts de société et qui oblige celle-ci à faire paraître toutes ses publications, parmi lesquelles les convocations, dans un journal spécialement désigné. D'ailleurs ce procédé avait été proposé par M. CHASTENET dans son article 5 (titre I<sup>er</sup> de la proposition) (2). La Commission sénatoriale, en scindant les deux titres, omit, inconsciemment ou non, de faire passer plusieurs dispositions du titre I dans le titre II, ce qui fait que le projet sur le groupement des obligataires prévoit un excellent moyen de convocation que la loi de 1929 ignore.

Notons, pour en finir avec les formalités de convocation, que celle-ci doit indiquer :

1<sup>o</sup> « L'ordre du jour de la réunion », dans des termes suffisamment explicites pour renseigner exactement les porteurs sur l'importance et la nature des mesures proposées.

2<sup>o</sup> « Le mode adopté pour la justification de la possession des parts qui existeront en la forme au porteur. » Sur ce dernier point,

(1) Le législateur n'a d'ailleurs eu aucune illusion sur la valeur de son système de convocation : « Les publications au *Bulletin Annexe* du *Journal officiel* restent inaperçues, les insertions dans un journal ne touchent que les seuls lecteurs et comme la société qui cherche à restreindre les droits des porteurs de parts ne multipliera pas les annonces, il est à craindre qu'ils ne soient pas informés. » (Rapport de M. LESACHÉ, *Documents parlementaires*, Chambre, 1928, annexe 5422; voir également MOLIÉRAC, *Revue des Sociétés*, 1929, p. 99.)

(2) Le titre I contenait dans ses articles 5 à 9 les détails communs aux assemblées d'obligataires et à celles de porteurs de parts ; l'article 20 (titre II relatif aux parts bénéficiaires) s'y référait expressément.

Le texte de l'article 5 était le suivant : « L'assemblée est convoquée par un avis inséré deux fois... et dans les journaux désignés soit dans les statuts, soit dans l'acte d'emprunt pour recevoir les publications relatives à la société. »

Outre son système de convocation, cet article avait aussi pour heureux résultat de centraliser dans la ou les mêmes feuilles les publications intéressant la société, et par conséquent, les créanciers.

on se conformera à la pratique des sociétés par actions : le mode le plus simple sera de faire déposer à l'avance les titres ou leurs récépissés de dépôt en banque, soit au siège de la société, soit dans un établissement désigné.

La convocation devra également prévoir d'autres détails, comme la date exacte de l'assemblée, qui « ne peut être tenue que huit jours après la dernière insertion » et le lieu où elle sera tenue (l'assemblée n'ayant pas de siège personnel empruntera un local à la société).

Enfin, les frais d'avis et d'insertion, faisant partie des frais de convocation, seront supportés par la société émettrice (art. 5, § 8).

#### C. — FORMES DES DÉLIBÉRATIONS.

Suivant l'article 4 : « Il est dressé une feuille de présence des propriétaires de parts présents à l'assemblée et de ceux qui y sont représentés au moyen de pouvoirs. Les mandataires doivent être personnellement membres de l'assemblée (1).

« Cette feuille de présence indique les noms, prénoms et domiciles des propriétaires de parts présents et représentés et le nombre de parts possédées par chacun d'eux.

« Cette feuille, certifiée par le président de l'assemblée, est mise à la disposition des membres de l'assemblée aussitôt après sa confection et, au plus tard, avant le premier vote (2). »

Comme en matière de société, les porteurs inscrits sur la feuille de présence seront présumés être restés en séance jusqu'à la clôture des opérations de l'assemblée.

L'article 5 en précise la tenue : « L'assemblée est ouverte sous la présidence provisoire du propriétaire de parts représentant, tant par lui-même que comme mandataire, le plus grand nombre de parts.

« Elle procède ensuite à l'installation de son bureau définitif, composé d'un président, de deux scrutateurs et d'un secrétaire.

« Le président est élu par l'assemblée. »

Ici surgit une difficulté qui ne prête pas à conséquence d'ailleurs : à quelle majorité sera élu le président ? Faut-il appliquer l'article 6, § 4, qui réclame pour les résolutions de l'assemblée la réunion des deux

(1) Voir *supra*, p. 69.

(2) Voir *infra*, p. 77.

tiers des voix des parts présentes ou représentées ? Si oui, il faut prévoir le cas où les porteurs proposés à la présidence ne parviendraient pas à obtenir le nombre de voix nécessaires. Va-t-on dissoudre l'assemblée faute d'un président ? Un tel résultat n'aurait aucun sens. La majorité prévue par l'article 6, § 4, est exceptionnelle ; l'article 5 ne s'y référant pas, nous estimons que la moitié des voix de l'assemblée, plus une, suffiront à assurer la nomination du président (1). D'ailleurs, nous le répétons, il est bien certain que la grande majorité des porteurs tomberont d'accord sur ce choix et que le problème ne se posera pas.

Le président élu, « les propriétaires de parts représentant par eux-mêmes et comme mandataires le plus grand nombre de parts, et sur leur refus, les suivants, jusqu'à acceptation, sont appelés comme scrutateurs. Le président et les scrutateurs désignent le secrétaire qui peut être choisi même en dehors de l'assemblée. » (Art. 5, § 4.)

La loi permet de choisir le secrétaire en dehors de l'assemblée. Cette disposition ne constitue pas un danger, le rôle du secrétaire se bornant à transcrire les décisions prises ; au contraire, elle permet de nommer à ce poste un homme compétent, ce qui sera une excellente garantie de la régularité du procès-verbal de la séance.

Le bureau constitué, son premier devoir sera de vérifier scrupuleusement la feuille de présence avant de la certifier et de la mettre à la disposition des membres de l'assemblée (2). A cet effet, il devra exiger de la société, si c'est elle qui a procédé aux convocations, les listes de dépôt des titres, si le dépôt a eu lieu en banque, les titres ou leurs récépissés de dépôt, s'il a été effectué au siège social. Enfin, si la feuille de présence a été préparée antérieurement à l'assemblée par les soins de la société au moyen des listes de dépôt, il y aura lieu également de la pointer attentivement pour éviter toute fraude (3).

(1) *Contra* CORDONNIER, *op. cit.*, p. 334.

(2) L'article 4, § 3 spécifie que la feuille de présence est « mise à la disposition des membres de l'assemblée ». Au contraire, l'article 8, § 3 de la loi de 1867 prévoit sa communication « à tous requérants ». Nous refuserons donc aux tiers le droit de prendre connaissance de la feuille de présence de l'assemblée des porteurs de parts. Il semble même, devant les termes absolus du texte, qu'il faille comprendre la société débitrice dans cette interdiction. Elle est pourtant directement intéressée à contrôler la validité de la réunion.

(3) Pratiquement, le pointage sera obtenu par l'apposition de la signature de chaque porteur sur la feuille de présence au moment de leur arrivée à l'assemblée.

La feuille de présence vérifiée par le bureau et certifiée par le président, celui-ci devra, comme en matière de société, fournir à l'assemblée tous les documents de nature à établir sa régularité, c'est-à-dire : 1<sup>o</sup> la feuille de présence ; 2<sup>o</sup> un exemplaire des deux numéros du *Bulletin Annexe du Journal officiel* contenant l'avis de convocation, et 3<sup>o</sup> l'insertion dans le journal d'annonces légales, ces justificatifs dûment légalisés.

Ces formalités remplies, l'assemblée peut commencer ses travaux : « La délibération ne peut porter que sur les questions figurant à l'ordre du jour publié » dit l'article 5, § 5, dans le but d'éviter les votes obtenus par surprise. Toutefois on peut se demander si le législateur n'aurait pas dû permettre à l'assemblée générale de prendre en considération les propositions émanant spontanément d'un porteur ou d'un groupe de porteurs représentant une partie importante des intérêts de la masse à laquelle ils appartiennent, un vingtième par exemple. Nous avons vu qu'il était plus commode à la société de réunir l'assemblée qu'aux porteurs isolés et disséminés ; en fait, ce sera donc le plus souvent sur son initiative que la convocation sera lancée et, comme suite, sur son ordre du jour que la discussion sera portée. N'eût-il pas été bon de faire profiter les porteurs de l'occasion plutôt que de les contraindre à solliciter par la suite une nouvelle réunion ?

D'autre part, qu'est-ce qui donnera aux porteurs les éléments nécessaires à la discussion ? Ce n'est pas le bref résumé de l'ordre du jour, aussi explicite qu'il soit, qui pourra leur exposer la situation de la société débitrice et leur permettre d'apprécier l'utilité ou la nécessité de telle décision. Il est donc indispensable, dans le propre intérêt des porteurs, que des représentants de la société assistent à l'assemblée, avec voix consultative, lorsque leur connaissance des affaires sociales motiveront leur présence.

« Les délibérations sont constatées par un procès-verbal signé des membres du bureau ; à ce procès-verbal sont annexées la feuille de présence et les procurations des propriétaires de parts qui se sont fait représenter » (art. 5, § 6). Nous n'insisterons pas sur l'importance présentée par ce procès-verbal qui constitue la preuve des décisions, prises par l'assemblée, opposable soit à tous les porteurs de parts, soit à la société débitrice. Il importe donc qu'il soit la rédaction exacte de ce qu'il s'est passé durant l'assemblée. Nous avons vu que

la nomination d'un secrétaire compétent, au besoin pris en dehors de l'assemblée, est la meilleure garantie de la précision de cette rédaction.

« L'assemblée, ajoute le paragraphe 7 du même article, décide où ces pièces doivent être déposées. » Il est probable que le lieu dont il sera le plus souvent fait élection sera le siège de la société, bien qu'en l'espèce elle représente l'adversaire. Le législateur aurait dû même l'imposer. Tout intéressé aurait alors su où les trouver, tandis qu'avec notre texte, comment un porteur absent de l'assemblée pourra-t-il, dans son ignorance du lieu de leur dépôt, prendre connaissance des décisions votées ? Il lui faudra d'abord chercher quel est le lieu du dépôt, ce qui est une complication qui peut devenir insurmontable. D'autre part, qui sera responsable de ces pièces, à la garde de qui sont-elles confiées ? Toutes ces lacunes de la loi, bien que portant sur des points de détail, n'en sont pas moins regrettables.

Les frais de tenue des assemblées générales, comme les frais de convocation, seront supportés par la société par actions (art. 5 § 8).

#### D. — CONDITIONS DE VALIDITÉ DES DÉLIBÉRATIONS.

La loi de 1929 exige trois sortes de conditions auxquelles est subordonnée la validité des délibérations des assemblées générales de porteurs de parts. Nous les examinerons successivement, savoir : règles applicables au quorum, à l'attribution des voix, à la majorité.

*Quorum.* — Une des difficultés les plus apparentes à vaincre pour parvenir à la réglementation législative d'une collectivité d'intérêts est la détermination du quorum à exiger de l'assemblée délibérante. Prendra-t-on un quorum élevé ? C'est risquer de retomber sur une deuxième, voire une troisième assemblée au quorum moindre, d'où des frais exagérés et des complications inutiles. La plus grave critique que l'on ait adressée à l'article 31 (nouveau) de la loi de juillet 1867 est précisément l'impossibilité révélée par l'expérience de réunir le quorum de deux tiers qu'elle exige de la première assemblée. Se contentera-t-on au contraire d'un quorum peu élevé ? Alors la protection des porteurs ne sera pas suffisamment assurée. Il s'agit de trouver le juste milieu.

A ce sujet, les conditions que le législateur voulait imposer aux

assemblées de porteurs ont beaucoup évolué de projet en projet, de rapport en rapport.

En 1914, l'article 21 de la proposition CHASTENET prévoyait une assemblée unique dont la compétence était générale — sauf pourtant aux cas prévus par l'article 24 qui nécessitaient la réunion d'une assemblée spéciale, unique également (1) — et qui obéissait aux conditions suivantes : « L'assemblée ne peut délibérer que si elle est composée d'un nombre de porteurs possédant la moitié au moins des parts émises. Les résolutions, pour être valables, doivent réunir la moitié plus une au moins des voix des membres présents ou représentés... »

Ce quorum avait paru suffisant à M. CHASTENET, car, disait-il : « à la différence des obligataires qui sont des créanciers, dont les droits ne peuvent être modifiés, en principe, par une majorité, en dehors du cas de faillite ou de liquidation judiciaire, sans l'adoption de précautions multiples, les porteurs de parts n'ont aliéné, au profit de la société aucun capital, dont ils aient à demander le remboursement ; leur droit se borne à une portion des bénéfices sociaux. On peut donc permettre à ces porteurs réunis en assemblée générale de prendre plus facilement des résolutions obligatoires pour tous (2). » Cette conception du droit de créance « à degrés » peut paraître singulière.

Toujours est-il que la Commission du Sénat proposa d'ajouter à ce texte le paragraphe suivant : « Dans le cas où une assemblée n'aurait pu délibérer sur première convocation, à défaut du quorum de moitié, il pourrait être convoqué, dans les mêmes formes et délais, et avec le même ordre du jour, une deuxième assemblée, qui serait régulièrement constituée et qui délibérerait valablement quel que soit le nombre de parts représentés (3). »

(1) Le texte de l'article 24 était ainsi conçu :

« Dans toute société ayant émis des parts de fondateur, les modifications touchant à l'objet ou à la forme de la société, autorisées par l'article 31 de la loi de 1867, ne sont valables qu'autant que l'assemblée générale des porteurs de parts, délibérant conformément à l'article 22, approuve la modification.

« L'assemblée convoquée à cet effet ne peut délibérer que si elle est composée d'un nombre de porteurs représentant les deux tiers au moins des parts émises. Les résolutions, pour être valables, doivent réunir les trois quarts au moins des voix des membres présents ou représentés. »

(2) *Exposé des motifs*, titre II, § 2.

(3) *Journal officiel*, documents parlementaires, Sénat, 1923, annexe n° 35.

Elle admettait donc, elle aussi, le quorum de moitié pour la première assemblée, mais en lui donnant une autre explication infiniment supérieure à celle de M. CHASTENET : « Avec les titres au porteur, il est, en effet, très difficile de réunir le quorum. Mais elle (la Commission sénatoriale) élève aux trois quarts la majorité, au lieu de moitié, dans le souci de défendre les parts et de ne point les livrer à une entreprise des actionnaires qui pourraient chercher à se créer trop facilement une majorité dans l'assemblée des porteurs de parts (1). » La suffisance du quorum de moitié est maintenant basée sur la difficulté d'atteindre la totalité des porteurs ; par contre, pour assurer leur protection, la majorité est élevée aux trois quarts.

Nous ne pouvons qu'applaudir au texte proposé par la Commission sénatoriale, qui, nous semble-t-il, avait fait une exacte appréciation des données du problème. Toutefois la majorité qu'elle réclame est bien difficile à obtenir, celle de deux tiers est largement suffisante.

D'autre part, devant l'élévation du taux de la majorité qui passait de moitié à trois quarts, il devenait inutile de conserver l'assemblée spéciale soumise à des conditions de validité plus rigoureuses (quorum de deux tiers et majorité de trois quarts) prévue par l'article 24 de la proposition CHASTENET, aux cas de modifications à l'objet ou à la forme de la société.

En réalité, c'était là un gros amendement que la Commission introduisait. L'article 24, conformément d'ailleurs à l'ensemble de la proposition CHASTENET, ne prévoyait qu'une assemblée unique, tandis que le texte de la Commission organisait deux assemblées successives, permettant ainsi aux modifications à l'objet et à la forme de la société d'être votées par la deuxième, dont la validité des délibérations ne connaissait aucune condition de quorum.

Ainsi, unité, simplicité et certitude d'aboutir à un résultat sans frais ni complications exagérés, telles étaient les caractéristiques de la proposition de la Commission sénatoriale.

Cependant, bien qu'ayant reçu l'approbation du Sénat, les Commissions de la Chambre des députés n'acceptèrent pas son texte. Deux modifications successives y furent apportées. On s'en prit d'abord à la deuxième assemblée qui, on s'en souvient, pouvait valablement délibérer quel que fût le nombre des parts présentes ou

(1) Rapport de M. COIGNET (1923), observation sous l'article 6.

représentées. Cette disposition fut jugée excessive : « Nous proposons, dit M. LEVASSEUR, au nom de la Commission du commerce et de l'industrie, de fixer le quorum de cette deuxième assemblée dans des conditions moins rigoureuses que la première, mais cependant, de manière à donner des garanties suffisantes aux porteurs de parts. En conséquence, les mots « quel que soit le nombre des parts représentées » qui se trouvent à la fin de l'article seront remplacés par les mots suivants : « à la condition de réunir un nombre de propriétaires de parts représentant un quart au moins des parts existant dans la masse intéressée... (1) ». L'évolution de la proposition ne devait pas s'arrêter là. La Commission de législation de la Chambre, appelée à donner son avis, estima que la protection des porteurs n'était pas assez assurée et proposa de modifier complètement l'article 6 et de lui substituer un système analogue à celui de l'article 31 (nouveau) de la loi du 24 juillet 1867 : c'est-à-dire trois assemblées successives avec quorum dégressif. « Nous pensons, dit-elle par la plume de M. LESACHÉ, qu'il serait sage de s'inspirer de ce précédent et de calquer les dispositions de notre article 6 sur celles de l'article 31 du Code de commerce. Cette façon de procéder aurait un autre avantage : celui de maintenir une unité désirable dans notre législation. Les juristes déplorent fréquemment les dispositions par trop disparates de nos lois... il est donc souhaitable que les intéressés sachent que chaque fois qu'il s'agit de porter atteinte à des droits essentiels, les règles tutélaires du Code de commerce sont toujours les mêmes (2) ».

C'est dans les modifications proposées par les Commissions de la Chambre qu'apparaît le plus nettement la conception du législateur sur le groupement des porteurs de parts, conception déjà signalée plus haut et qui consiste à donner le pas à la « loi du nombre » sur la volonté individuelle (3). Plus caractéristique encore est le rapport de M. LESACHÉ qui donne de sa proposition l'explication suivante : « L'objet de la loi, il ne faut pas l'oublier, est de priver les porteurs de parts des droits qui leur avaient été conférés lors de la création des parts : c'est là une chose grave. » Chose grave en effet et

(1) Rapport de M. Arthur LEVASSEUR (*Journal officiel*, documents parlementaires, Chambre des députés, 1927, annexe n° 4793).

(2) Rapport de M. LESACHÉ (*Journal officiel*, documents parlementaires, Chambre, 1928, annexe n° 5422).

(3) M. Arthur LEVASSEUR, rapport précité.

qui dépasse singulièrement le cadre individualiste de notre législation.

La proposition de M. LESACHÉ ayant été acceptée sans réserves par le Corps législatif, son texte devint celui de l'article 6 de la loi dont les trois premiers paragraphes sont ainsi conçus :

« L'assemblée ne peut délibérer que si elle est composée d'un nombre de parts représentant les trois quarts au moins des parts existant dans la masse intéressée, déduction faite des parts qui sont en possession de la société.

« Si une première assemblée ne remplit pas les conditions ci-dessus fixées, une nouvelle assemblée sera convoquée, avec le même ordre du jour, dans les formes et délais indiqués à l'article 3. Cette seconde assemblée délibère valablement si elle est composée d'un nombre de parts représentant au moins la moitié des parts existant dans la masse intéressée, déduction faite des parts qui sont en la possession de la société.

« Si cette seconde assemblée ne remplit pas les conditions ci-dessus, on convoquera, avec le même ordre du jour et dans les formes et délais de l'article 3, une troisième assemblée qui délibérera valablement si elle se compose d'un nombre de parts représentant le tiers au moins des parts existant dans la masse intéressée, déduction faite des parts qui sont dans la possession de la société. »

Doit-on considérer ces quorum comme impératifs ? Sans aucun doute. La convention des parties ne peut pas les abaisser : ce serait aller à l'encontre de la volonté du législateur qui, dans ses travaux préparatoires, en a constamment élevé le taux pour assurer aux porteurs de parts le maximum de sécurité. Elle ne pourrait pas non plus les élever, car ce serait chercher à diminuer l'efficacité de la loi (1).

Inspiré par l'article 34 (nouveau) de la loi de 1867, nous ferons à ce texte la même critique : d'être trop théorique. La première assemblée ne pourra jamais être tenue faute d'atteindre le quorum nécessaire. Peut-être même la seconde ne pourra-t-elle pas toujours y parvenir. Nous retombons donc sur une troisième assemblée. Que de frais et de complications ! Le système de la Commission sénatoriale était plus simple et moins coûteux et, dans le fond, assurait tout autant la protection des porteurs de parts.

Pour parvenir à ce dernier résultat, il ne suffit pas de multiplier les

(1) *Sic* CORDONNIER, *op. cit.*, p. 336.

assemblées à quorum décroissant qui font juste l'affaire de la société et de sa petite masse de porteurs à sa dévotion. C'est à la publicité des convocations qu'il faut s'en prendre : si une première convocation ne touche pas les porteurs, il est infiniment probable qu'une deuxième et même une troisième ne les touchera pas davantage. Réussissez à faire savoir à tous que l'assemblée va avoir lieu, que telle modification à leurs droits y sera discutée : de deux choses l'une, ou les porteurs viendront en foule et tous les quorum seront dépassés, ou ils ne viendront qu'en petit nombre et c'est alors que l'affaire ne les intéresse pas. Deux assemblées sont donc suffisantes : la première pour sonder les intéressés et tenter d'atteindre un quorum normal, la deuxième, à quorum plus bas, ou même sans condition de quorum, pour pouvoir de toutes façons obtenir une solution.

Pour en revenir à l'interprétation de l'article 6, le législateur ne tient pas compte, pour le comput du quorum, des parts qui sont en la possession de la société (1) ; nous verrons plus loin qu'en effet elles ne peuvent pas lui servir pour voter. Il était donc logique de les déduire de la masse pour maintenir la proportion entre le quorum et la majorité exigés. Mais si le principe est bon, l'application l'est moins, faute de présenter les précisions nécessaires. Comment l'assemblée des porteurs aura-t-elle connaissance du nombre des titres en la possession de la société ? La loi ne prévoit aucune liaison entre elles. Cette lacune est due à un oubli : le projet de 1903 astreignait expressément la société à déposer sur le bureau de l'assemblée la liste, certifiée par

(1) Il faut entendre par là celles en la possession de la société « personne morale », et non celles qui appartiendraient personnellement aux actionnaires ou aux administrateurs.

Indépendamment du procédé que la loi a voulu rendre impossible et qui consisterait à se munir du nombre de titres nécessaires pour s'assurer la majorité au sein de l'assemblée générale, la société peut se trouver d'avoir en mains une certaine quantité de ses propres parts.

Il est fréquent en effet de voir les sociétés émettrices procéder, au fur et à mesure de leurs disponibilités financières, au rachat en Bourse de leurs parts bénéficiaires pour libérer les avantages qui y sont statutairement attachés.

Malgré le principe de la confusion, posé par l'article 1300 C. C., la société a intérêt à conserver les parts ainsi rachetées, tant que toutes ne l'auront pas été, pour venir avec le reste des porteurs au partage de la quote-part globale accordée à l'ensemble des parts créées (voir à ce sujet LECOUTURIER, *op. cit.*, n° 144 ; CORDONNIER, *op. cit.*, p. 337).

le Conseil d'administration, des titres en sa possession. Il sera donc utile de compléter le texte de notre loi en ce sens, mais il n'en demeure pas moins que cette lacune est regrettable et qu'aucune sanction n'est prévue pour mettre les porteurs de parts à l'abri de la mauvaise volonté de leur débitrice.

Une manœuvre frauduleuse était possible de la part de celle-ci : elle consistait à tourner l'interdiction en distribuant ses titres à des individus complaisants qui auraient voté selon ses ordres. Elle doit être empêchée par les pénalités fort lourdes de l'article 405 du Code pénal dont l'article 12, 1<sup>o</sup> et 2<sup>o</sup>, de notre loi, frappe : « 1<sup>o</sup> Ceux qui, en se présentant comme porteurs de parts qui ne leur appartiennent pas, ont voté aux assemblées générales ; 2<sup>o</sup> ceux qui ont remis des parts pour en faire un usage frauduleux (1) ».

*Attribution des voix.* — D'après l'article 6, § 5 et 6 : « Chaque membre de l'assemblée dispose dans le vote d'autant de voix qu'il possède ou représente de parts, sans limitation.

« La société n'a pas le droit de voter avec les titres dont elle est propriétaire ou qui sont en sa possession pour une raison quelconque. »

Le législateur a adopté le système du « suffrage universel ». C'est là une conséquence à la fois de sa conception de l'assemblée générale des porteurs et de la similitude voulue de celle-ci avec l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires. Cette disposition est évidemment d'ordre public.

Quant à l'interdiction portée contre la société de voter avec les titres qui sont en sa possession « pour une raison quelconque », cela va de soi : il ne faut pas que le débiteur puisse avoir une influence quelconque sur l'établissement de la majorité dans l'assemblée de ses créanciers.

Comment attribuerons-nous les voix si les parts ont été divisées,

(1) Il ressort de l'article 12, 1<sup>o</sup>, que le fait de voter est la condition nécessaire et suffisante pour qu'il y ait délit. Nécessaire : le porteur qui assiste irrégulièrement à la délibération, mais qui s'abstient de voter, ne tombe pas sous le coup des pénalités de l'article 405. Suffisante : car il n'y a pas à rechercher l'effet que son vote a pu produire sur la décision de l'assemblée (comparer sur ce dernier point l'article 13 de la loi de 1867 qui réclame, pour la consommation du délit, la création frauduleuse d'une majorité factice).

Consulter à ce sujet GAIN, *op. cit.*, p. 55,

ce qui arrive fréquemment (1) ? A première vue, le paragraphe 5 de l'article 6 semble constituer un gros danger pour les porteurs de parties de parts ; il semble bien en effet qu'il leur faudra s'entendre pour désigner celui d'entre eux, qui, muni des parties de parts nécessaires pour compléter le titre, pourra disposer à l'assemblée de la voix qui y est attachée par l'effet de la loi. Cette entente préalable serait le plus souvent difficile, sinon même impossible.

Mais il faut interpréter le paragraphe 5. dans son esprit et non dans sa lettre. Son but est uniquement de garantir les petits porteurs contre la clause, qui serait vite devenue de style, par laquelle la société, voire même l'assemblée générale, les aurait écartés du vote. Dans l'esprit de la loi, c'est chose grave que d'accorder à la majorité la capacité de déposséder les porteurs, du moins faut-il que tous soient consultés.

Or, refuser aux porteurs de parties de parts le droit de voter serait précisément aller à l'encontre de la volonté du législateur qui veut voir à l'assemblée tous les porteurs, quels qu'ils soient, prendre part à la discussion avec voix délibérative.

Remarquons d'ailleurs que l'opération consistant à diviser toutes les parts en millièmes, par exemple, et à accorder une voix à chaque millième, ne modifie en rien la situation respective des porteurs et respecte parfaitement le principe de leur vocation au droit de vote proportionnellement à leurs droits.

Ainsi, non seulement l'assemblée générale pourra accorder le droit de vote aux porteurs de parties de parts, mais elle le devra. Car le droit de participer à la délibération est un droit essentiel que donne la part bénéficiaire et que rien ne peut lui enlever (2).

*Majorité.* — « Dans toutes ces assemblées, les résolutions, pour être valables, doivent réunir les deux tiers des voix des parts présentes ou représentées » (art. 6, § 4).

(1) Rappelons seulement le cas des parts bénéficiaires créées par les fondateurs de la Compagnie du Canal de Suez, qui furent divisées chacune en 10 millièmes.

(2) La société pourrait-elle émettre des parts bénéficiaires à « vote plural » ? Rien ne l'empêcherait, l'article premier, § 4, prévoyant la création de différentes catégories de parts pourvues de droits inégaux.

Mais en fait, ces parts ne présenteraient aucune utilité, car les titres ainsi créés, constituant une « masse » spéciale, ne pourraient pas se mêler aux autres et leurs porteurs devraient délibérer à part.

Cette majorité invariable est la conséquence de la similitude des assemblées générales de porteurs et des assemblées générales extraordinaires d'actionnaires. Elle doit se calculer sur le nombre des parts présentes ou représentées, tel qu'il ressort de la feuille de présence, et non d'après le nombre des suffrages exprimés.

De plus, elle est d'ordre public et ne saurait être, par conséquent, modifiée par la volonté des parties.

#### E. — SANCTIONS.

Quelle sanction le législateur a-t-il attachée à l'inobservation des conditions exigées pour les assemblées générales des porteurs de parts ? Ici, comme en matière de société, il a omis de se prononcer sur ce point.

Elle doit évidemment consister dans la nullité de la délibération, une assemblée irrégulièrement constituée étant incapable de délibérer valablement (l'article 7 relatif à la capacité de l'assemblée générale prend soin de préciser : « l'assemblée générale, *régulièrement constituée*, statue... »).

Mais la nullité sera-t-elle toujours encourue ? Nous ne le croyons pas : la nullité est une sanction grave, qu'il n'est ni logique, ni pratique d'attacher à l'inobservation de conditions ou de formalités d'intérêt secondaire. A notre avis, il faut faire ici une distinction analogue à celle que la jurisprudence a établie pour les assemblées d'actionnaires et proportionner la sanction à la faute ou, plutôt, aux conséquences qu'elle est susceptible d'entraîner.

Tout se résoud donc à des questions d'espèce : ainsi, une délibération prise par une assemblée qui n'aurait pas réuni le quorum légal, ou dont on aurait exclu les petits porteurs, serait radicalement nulle, et cette nullité pourrait être invoquée par tout intéressé (1).

(1) Les prescriptions de l'article 6, relatives au quorum, à l'attribution des voix et à la majorité, doivent être scrupuleusement observées.

Cependant, si, par erreur ou ignorance, l'assemblée omet de déduire les parts en la possession de la société pour le calcul du quorum, la nullité ne sera pas encourue, nous semble-t-il, si les porteurs ayant répondu à la convocation se trouvaient de réunir par eux-mêmes le nombre de titres nécessaires à ce quorum.

De même, si la participation de la société au vote à l'aide de ses titres n'a pas eu d'influence sur l'établissement de la majorité.

Serait également nulle la délibération prise par une assemblée convoquée, sans l'autorisation du juge, par un groupe de porteurs possédant le vingtième des parts d'une même masse.

Mais, par contre, on ne saurait annuler des délibérations sous le prétexte de menues irrégularités : omissions ou erreurs de la feuille de présence (à condition, bien entendu, qu'elles soient sans influence sur la détermination du quorum ou sur la formation de la majorité) ; présence à l'assemblée et vote d'un porteur ou d'un groupe de porteurs appartenant à une autre masse (sous la même réserve que dessus) ; refus d'inscription d'un porteur sur la feuille de présence (refus qui ne peut qu'entraîner la responsabilité du président de l'assemblée dans les termes du droit commun) ; erreur dans la détermination du président provisoire...

## **Section II. — Des pouvoirs de l'assemblée et de leur sanction.**

*Effets des délibérations régulières.* — Nous savons déjà que l'assemblée générale substitue à l'ensemble des volontés individuelles des porteurs une volonté unique. C'est là la disposition principale de notre loi, celle qui est la plus grosse de conséquences.

Avant elle, les porteurs étaient, en principe tout au moins, isolés devant la société qui devait chercher à s'aboucher avec chacun d'eux. La réforme que l'on réclamait au pouvoir législatif devait notamment avoir pour effet de substituer, à la diversité des volontés individuelles, la volonté de la majorité, considérée comme l'expression du commun vouloir de tous les porteurs.

C'est le principe qui est posé par la loi dans le paragraphe 6 de l'article 1<sup>er</sup> : « Les propriétaires de parts d'une même masse peuvent être réunis en assemblée générale... et prendre, à la majorité, en se conformant aux dispositions des articles 3 à 11 ci-après, des résolutions qui s'imposent à tous les porteurs », et qu'elle répète dans le paragraphe 2 de l'article 7 : « Les décisions prises par l'assemblée générale sont obligatoires pour tous, même pour les absents, dissidents et incapables. »

Ainsi depuis elle, le porteur perd le droit de manifester sa volonté ailleurs qu'au sein de l'assemblée générale. Le seuil de celle-ci franchi, le porteur pris isolément n'existe plus. La société ne voit au travers

de l'écran de l'assemblée générale que la volonté collective tendue vers un seul but. Elle n'a plus à tenir compte que de cette volonté collective qu'est la décision de la majorité.

Mais, réciproquement, si elle est en droit de n'envisager qu'elle, elle ne peut en aucun cas se refuser de la considérer comme l'expression de la volonté de tous. Si les porteurs dissidents doivent accepter la décision majoritaire même lorsqu'elle tend à diminuer la quote-part des bénéfices attachés à leurs titres, réciproquement, la société ne pourra que s'incliner devant la décision qui ordonnera une action judiciaire contre elle et se mettre en état de préparer sa défense conformément au droit commun.

*Etendue des pouvoirs de l'assemblée.* — Il reste à déterminer l'étendue des pouvoirs de cette assemblée générale et quels sont les cas dans lesquels sa volonté supplantera celle des porteurs (1).

Les individus peuvent, au sujet de leurs biens, accomplir deux sortes d'actes, de gravité différente : les actes de disposition et les actes d'administration.

Il va sans dire que l'assemblée générale des porteurs est pleinement capable d'accomplir tous les actes d'administration intéressant les parts bénéficiaires. La jurisprudence, même dans sa période la plus hostile, a toujours reconnu ce droit aux « sociétés civiles » de porteurs. Il n'y avait donc là aucune difficulté pour le législateur.

Il n'en était pas de même pour les actes de disposition : le but de la loi était justement de définir dans un texte précis les pouvoirs de la majorité à leur sujet.

Deux voies s'ouvrirent devant le législateur lorsqu'il s'est agi de déterminer ces pouvoirs. Il pouvait, en tenant compte de la gravité des diverses décisions que l'assemblée était appelée à prendre, les limiter à certaines opérations, par exemple, lui permettre seulement d'introduire certaines modalités dans les droits des parts (modifier le comput de la masse des bénéfices partageables, entre autres), et subordonner à l'assentiment de l'unanimité des porteurs les mesures plus importantes touchant l'existence ou la transformation de la situation juridique du titre (dont le type est la conversion en actions

(1) L'assemblée générale ne peut évidemment délibérer que sur des questions intéressant le régime des parts, c'est-à-dire les droits communs à tous les porteurs ; mais elle n'a aucun pouvoir sur les droits particuliers de tel porteur.

ou en obligations). Cette première méthode nécessitait un critérium permettant de classer sans ambiguïté les divers actes de disposition suivant leur gravité, ou une énumération limitative des pouvoirs de l'assemblée, ce qui est notamment le cas du titre I du projet de 1903 sur le groupement des obligataires (dont l'article 10 énumère la série des opérations accordées à leur assemblée).

Ou bien, au contraire, il pouvait, dans un texte comparable au premier alinéa de l'article 31 (nouveau) de la loi de 1867, poser le principe du pouvoir souverain de l'assemblée des porteurs, quelles que soient les décisions qui lui soient demandées : c'est le système qu'adopta le titre II du projet de 1903 sur le groupement des parts de fondateurs.

Le choix du législateur ne se modifia pas. Dès 1903, il avait choisi d'emblée la deuxième voie et il lui resta fidèle, comme en témoigne l'article 7, § 1<sup>er</sup>, de notre loi :

« L'assemblée générale, régulièrement constituée, statue sur toutes les questions qui lui sont soumises. Elle peut consentir, notamment, à toutes modifications dans le régime des parts, dans leur forme, dans la durée et le montant de leurs droits aux bénéficiers et dans le mode de calcul de ces droits, au rachat de parts par la société, à la conversion des parts en actions ou en obligations. »

Pourquoi cette différence entre les assemblées d'obligataires et celles de porteurs de parts ? L'explication que donne M. ROUSSEAU, rapporteur du projet de 1903, reprise ensuite par M. CHASTENET, ne nous contente pas. Elle est basée sur les mêmes motifs qui leur avaient fait juger suffisants le quorum et la majorité de moitié. Nous avons déjà critiqué cette conception des droits de la part bénéficiaire.

A notre sens, la meilleure raison que le législateur puisse invoquer à l'appui de son choix est la suivante. Les actes de disposition qu'une société peut solliciter de ses porteurs de parts sont infiniment nombreux et peuvent trouver leur place à tous moments de la vie sociale, aussi bien pendant une période de prospérité qu'en temps de crise. Les obligations ne donnent pas lieu à pareille remarque. L'expérience montre que les conflits qu'elles soulèvent sont toujours les mêmes et gravitent dans un cercle étroit ; on peut aisément les classer en quelques catégories : réduction partielle ou totale du capital, prorogation d'échéances ou réduction de l'intérêt, prolongation ou modification de l'amortissement... ; il a été facile aux rédacteurs du projet

de 1903 d'enfermer dans une formule énumérative les sept cas généraux où l'assemblée des obligataires peut intervenir.

Enumérer les pouvoirs de l'assemblée des porteurs de parts eût été courir le risque d'être incomplet, en admettant même que la liste pût en être dressée ; et être incomplet en cette matière eût été diminuer l'importance pratique de la loi dans de notables proportions, sans compter les difficultés d'interprétation qui n'auraient pas manqué de s'élever.

Avec le texte adopté par le Parlement, aucun risque de ce genre. Il est de la nature même du groupement des porteurs de jouir de pouvoirs étendus qui sont la condition essentielle du rôle qu'il doit jouer sur la scène économique.

L'article 7 ne soulève donc aucune difficulté d'interprétation. L'assemblée générale, à condition de délibérer régulièrement, est souveraine maîtresse des droits des porteurs et chacun d'eux, même absent, dissident ou incapable, est obligé de s'incliner devant la volonté qu'elle manifeste. L'énumération que contient son texte n'est pas limitative : c'est ce qui ressort indubitablement de ses expressions mêmes « elle (l'assemblée générale) peut consentir *notamment...* » et des travaux préparatoires (1). Ce n'est pas dire d'ailleurs que l'assemblée pourrait les dépouiller frauduleusement, car les porteurs conservent le droit, que rien ne pourrait leur enlever, d'attaquer les délibérations frauduleuses à charge d'apporter la preuve nécessaire. *Fraus omnia corrumpit* (2).

L'assemblée générale est souveraine, avons-nous dit. Il faut cependant faire une exception au cas de conversion des parts en actions. Le régime auquel le législateur de 1929 a soumis les parts ouvre la porte à une grave fraude dont il devait s'occuper. Il serait facile en effet d'écarter les règles impératives de la loi de 1867 concernant la constitution des sociétés par actions (règles relatives au versement du quart des actions, à la souscription intégrale du capital..., etc.) : il n'y aurait pour cela qu'à créer un grand nombre de parts bénéficiaires contre un petit nombre d'actions et convertir ensuite, et sitôt la société constituée, ces parts en actions à l'aide d'une assemblée des porteurs.

(1) Voir rapport de M. COIGNET, *op. cit.*, observation sous l'article 7.

(2) *Sic* VOIRIN, *les Lois nouvelles*, 1929, p. 120 ; CORDONNIER, *op. cit.*, p. 340.

Déjà avant la loi de 1929 les apporteurs évitaient la procédure de vérification en réclamant des parts à la place des actions d'apports qui normalement auraient dû les rémunérer ; avec elle, la fraude se serait étendue aux actions de capital si l'article 8, § 2, ne s'était occupé de la déjouer.

Aux termes de ce dernier paragraphe, la conversion « ne peut être décidée que deux ans après la création des parts », c'est-à-dire, en l'espèce, deux ans après la constitution de la société, donc à une époque où, pour reprendre l'expression de M. ROUSSEAU, « elle aura fait ses preuves ».

Ce texte d'ailleurs est général dans ses termes ; bien qu'il écrit pour éviter la fraude que nous venons de relater, son interdiction s'applique à toute conversion, quel que soit le moment de la création des parts, consécutive ou non à la constitution de la société.

A proprement parler, il n'y a pas dans cette disposition de limitation aux pouvoirs de l'assemblée générale : elle est pleinement capable de procéder à toute conversion, soit en actions, soit en obligations, mais ce sont les parts bénéficiaires elles-mêmes qui, durant deux ans à compter de leur création, sont frappées d'inconvertibilité en actions. Cette inconvertibilité n'a rien à voir avec la capacité de l'assemblée générale.

Etant donné l'explication que nous en avons donnée, ce délai de deux ans est d'ordre public : il ne saurait donc être diminué.

En résumé, l'assemblée générale, à charge pour elle de se conformer aux prescriptions du législateur de 1929, tant sur les conditions de forme et de fond qui régissent la régularité de ses délibérations, que sur le régime auquel se trouve soumise maintenant la part bénéficiaire, voit ses pouvoirs vis-à-vis de ses membres aussi étendus que possible. Elle statue, dit la loi, « sur toutes les questions qui lui sont soumises ». Il serait difficile de trouver un texte plus libéral.

*Domaine de ses attributions.* — Ce libéralisme ne va pas d'ailleurs sans présenter quelques inconvénients relativement au système de l'énumération des pouvoirs adopté par le titre I<sup>er</sup> du projet de 1903.

L'assemblée n'est souveraine qu'à la condition de rester scrupuleusement dans le cercle de ses attributions. Or, celles-ci ne sont pas nettement délimitées. Certes, il est évident que, substituée à l'ensemble des porteurs, elle ne saurait avoir plus de droits qu'eux ;

mais n'est-il pas à craindre que les porteurs, ignorants de la législation ou bien poussés par un esprit d'agressivité déplacée, ne la fassent parfois dévier de son véritable but et n'obtiennent de la majorité des décisions qui soient de véritables abus de pouvoirs ?

La société serait en droit de ne pas tenir compte de semblables décisions, et c'est précisément ce qui créerait un conflit nécessitant tôt ou tard une décision judiciaire. Ainsi, que dire d'une délibération qui critiquerait les amortissements effectués par le Conseil d'administration ? Les amortissements intéressent les parts de fondateur, puisqu'ils diminuent la masse des bénéfices partageables : et, cependant, la jurisprudence est unanime à leur refuser le droit d'élever des critiques à ce sujet, sous le prétexte que ce serait s'immiscer dans la gestion des affaires sociales (1). Pareille délibération n'aurait donc aucune valeur juridique. Toutefois elle pourrait avoir une certaine utilité pratique : celle de révéler à la société débitrice l'état d'esprit de ses porteurs et de lui signifier, de manière non douteuse leurs récriminations ou leurs vœux, signes avant-coureurs d'une action en justice.

Le domaine des attributions de l'assemblée générale est loin d'être certain. Nous trouvons dans l'article 9 de la loi une preuve du souci qu'a témoigné le législateur de le préciser dans la mesure du possible :

« Dans toute société ayant émis des parts de fondateur ou des parts bénéficiaires, les modifications touchant à l'objet ou à la forme de la société ne seront valables qu'autant que l'assemblée générale des porteurs de parts, délibérant conformément à l'article 6, aura approuvé ces modifications. »

Le législateur a bien fait d'indiquer sa pensée ; si la loi avait été muette à ce sujet, il est plus que probable que la jurisprudence, se basant sur l'interdiction qui pèse sur les porteurs de s'immiscer dans la gestion des affaires sociales, ne leur aurait pas reconnu le droit de s'opposer à ces deux opérations, quel que soit le dommage qu'elles puissent leur causer, car il est juste de reconnaître qu'elles peuvent parfois les léser.

Certes, il ne leur est pas indifférent de voir la société quitter sa forme primitive. Déjà avant la loi nouvelle, toutes les formes de sociétés ne pouvaient pas émettre des parts de fondateur, envisagées

(1) Voir au sujet des amortissements, LECOUTURIER, *op. cit.*, n° 200 et s. ; VIDAL, *op. cit.*, p. 41 et s. ; également HOUPIIN, *op. cit.*, t. I, n° 458.

comme titres négociables. Ainsi, la jurisprudence refusait cette faculté aux sociétés par intérêt et aux associations en participation (1).

Cet intérêt n'a fait que croître avec elle. Il appert de son article 1<sup>er</sup>, § 1<sup>er</sup> (2) que seules dorénavant les sociétés commerciales par actions, c'est-à-dire les sociétés anonymes et les sociétés en commandite par actions, pourront user de la prérogative de créer des titres aux porteurs, transmissibles par les voies commerciales, correspondant à la définition de la part bénéficiaire, et les mettre sous l'empire du groupement légal organisé par elle (3).

Il en est de même de la modification de l'objet social. Les porteurs ont accepté les titres qui leur étaient offerts en raison même de la nature, nettement précisée aux statuts, de l'exploitation, en raison des espoirs qu'elle faisait naître et des garanties de solidité et de durée qu'elle était susceptible de procurer à l'organisme social. L'objet d'une société et la personnalité de ses dirigeants sont des motifs uniquement psychologiques mais qui sont parfois les seuls à motiver le choix des capitalistes, petits ou grands.

Mais ces raisons ne sont pas suffisantes pour légitimer la rédaction de l'article 9. Si le législateur avait obligé la société à prendre l'avis des porteurs avant d'opérer les modifications prévues par cet article et à leur offrir, le cas échéant, une juste indemnité à débattre entre eux ; s'il leur avait réservé expressément une action pour les indemniser des dommages que ces modifications, une fois réalisées, peuvent leur causer, action qu'ils détiennent déjà par le droit commun, c'eût été parfait, nous ne sortions pas de la sphère du droit. Mais faire dépendre la régularité de ces modifications de l'approbation de l'assemblée des porteurs, voilà qui est incompréhensible. Une foule d'opérations, la fusion, la dissolution anticipée pure et simple notamment, voire seulement la fixation des amortissements annuels, sont autant, sinon beaucoup plus préjudiciables aux porteurs que celles

(1) Voir notamment C. Paris, 8 janvier 1900 (*Journal des Sociétés*, 1900, p. 401 ; D. P., 1902, 2, 105 et S. 1903, 2, 185).

(2) L'article premier, § 1<sup>er</sup>, s'exprime ainsi : « les sociétés commerciales par actions peuvent créer, attribuer et émettre, soit lors de leur constitution, soit ultérieurement, des titres négociables, sous le nom de « parts de fondateur » ou de « parts bénéficiaires ».

(3) Voir à ce sujet : CORDONNIER, *op. cit.*, p. 266 et s. ; VOIRIN, *op. cit.*, p. 116 ; voir également *infra*, p. 121 et 122.

de l'article 9 et, cependant, ils ne peuvent pas s'y opposer. Dans un instant nous allons voir que la loi a sanctionné dans son article 10 la solution jurisprudentielle qui interdit aux propriétaires de parts de s'opposer à la dissolution anticipée. N'y a-t-il pas entre ces deux textes une disproportion évidente et impossible à expliquer ?

Les pouvoirs conférés à l'assemblée générale sont d'autant plus excessifs que nous sommes obligés d'adopter à leur sujet une interprétation large. Les termes employés par l'article 9 sont semblables à ceux de la loi du 22 novembre 1913 (§ 3 de l'article 31 nouveau de la loi de 1867). Ils soulèvent donc la même difficulté pour l'interprétation de l'expression « modifications touchant à l'objet social ». En raison de l'identité de leurs termes, nous devons accorder le même sens aux deux textes.

Or ce sens n'a pas été nettement dégagé. Si certaines opérations ne prêtent pas à la controverse, comme le changement complet de l'objet social qui constitue le type le plus absolu des modifications, ou comme sa simple extension (création d'une succursale par exemple) qui n'entraîne aucune modification et par conséquent reste en dehors des termes de la loi, d'autres, comme l'extension de l'objet social dans une direction non prévue aux statuts, constituent-elles une modification ou une simple extension ? La jurisprudence paraît incliner du côté de la première interprétation, plus conforme semble-t-il au texte de la loi.

Ainsi, en admettant cette interprétation, et nous y sommes bien contraints, toute modification même secondaire de l'objet social, dès l'instant qu'elle ne pourra pas s'analyser comme une simple extension, devra être acceptée par l'assemblée des porteurs.

Nous n'insisterons pas davantage sur l'importance vraiment excessive donnée aux porteurs de parts en cette circonstance. Le texte de la loi dépasse certainement la pensée du législateur et il y a là une faute de sa part, car la controverse sur l'interprétation de l'expression « modifications de l'objet social » existait bien avant la loi de 1913 et par conséquent bien avant la proposition CHASTENET.

#### SANCTION DES DÉLIBÉRATIONS RÉGULIÈRES.

Arrivons maintenant à l'importante question de la sanction attachée aux pouvoirs de l'assemblée générale des propriétaires de parts.

Pour les porteurs, ces pouvoirs consistent dans la substitution de la volonté de la majorité aux volontés individuelles. Le porteur qui, sans vouloir se plier à cette règle, entendrait agir suivant son bon plaisir et suivre ses impulsions personnelles, se verrait purement éconduit par la société.

Pour cette dernière, la sanction est beaucoup plus grave. Suivant les principes généraux, l'assentiment de tous les porteurs est la condition indispensable d'une modification de la convention qui les unit à la société. La loi de 1929 ne fait que lui substituer celui de l'assemblée générale. Toute modification que la société opérerait dans le régime des parts sans préalablement avoir obtenu cet assentiment serait donc radicalement nulle.

Autrement dit, toutes les fois que l'assemblée générale des actionnaires aura à délibérer sur une question intéressant les parts bénéficiaires, l'obtention de l'assentiment de l'assemblée des porteurs à la mesure envisagée sera une condition de validité de sa délibération qu'il lui faudra observer à peine de nullité (1).

Rien ne s'oppose à ce que cette condition puisse être réalisée après plutôt qu'avant la réunion des actionnaires ; l'acceptation de l'assemblée des porteurs pourra suivre ou précéder le vote de ceux-là, peu importe : la délibération ne sera parfaite, elle n'aura d'effet juridique vis-à-vis des tiers et vis-à-vis des porteurs qu'au moment de la réalisation de la condition (2).

A supposer que la société ait fait prendre à ses actionnaires une décision portant atteinte aux droits des parts bénéficiaires et qu'elle

(1) *Sic* LECOUTURIER, *op. cit.*, n° 286.

Rapprocher l'arrêt de la Cour de Cassation du 16 juillet 1901 (*D. P.*, 1902, 1, 265 et *Journal des Sociétés*, 1902, p. 22). Dans cette espèce, il s'agissait d'une société coopérative anonyme dont les statuts soumettaient à l'avis préalable d'un Comité de garantie, formé des vingt-cinq premiers souscripteurs inscrits, les demandes tendant à leur modification. La Cour admit que les modifications votées par l'assemblée générale en violation de cette disposition étaient nulles.

(2) Cette remarque a une grande importance pour ce qui touche à la publicité des modifications statutaires.

Le contrat qui unit la société aux porteurs fait partie du pacte social et les changements pouvant y être apportés sont soumis à cette publicité, qui, on le sait, doit être opérée dans le mois. Ce délai ne courra donc qu'à compter du jour de l'adhésion de l'assemblée générale des porteurs à la modification proposée par celle des actionnaires.

cherche à en faire application sans consulter à son sujet l'assemblée des porteurs, la nullité de cette décision pourrait-elle être couverte par une confirmation tacite de ces derniers ? A notre avis, la négative s'impose dans tous les cas.

Elle ne pourrait évidemment pas l'être par l'ensemble des porteurs pris individuellement. Nous avons dit plus haut que leur personne disparaissait derrière l'écran de l'assemblée générale et qu'ils avaient, pour les questions touchant au régime de leurs titres, perdu le droit d'exprimer leur volonté ailleurs qu'à l'assemblée générale. C'est donc le consentement de cette dernière qui seul peut avoir des effets juridiques. Ceci ressort nettement de l'article 9 qui précise que les modifications touchant à l'objet ou à la forme de la société ne seront valables « qu'autant que *l'assemblée générale des porteurs de parts* délibérant conformément à l'article 6 » les aura approuvées.

Il y a plus, l'assemblée ne pourrait pas elle-même confirmer tacitement une semblable décision. Un des caractères principaux de la loi de 1929 est d'affirmer l'intangibilité des droits des créanciers que sont les porteurs. Le législateur a déjà considéré comme une grave exception l'application de la loi de majorité. Pour sauvegarder les droits des porteurs de l'influence d'une majorité factice, il en a soumis le jeu à de nombreuses conditions.

Or admettre la possibilité d'une confirmation tacite venant de l'assemblée serait diminuer sans conteste ces garanties : les porteurs peuvent prendre à la majorité des décisions de toute gravité opposables à tous, mais à la condition que chacun d'eux sache exactement à quoi il s'engage et puisse discuter et exposer ses idées au sein de la réunion.

Telle est la sanction que nous croyons devoir attacher aux pouvoirs de l'assemblée générale des porteurs de parts.

*Cas de dissolution anticipée.* — L'article 10 toutefois édicte une exception très importante au cas de dissolution anticipée :

« Les porteurs de parts de fondateur ou de parts bénéficiaires ne peuvent contester la dissolution anticipée de la société lorsque celle-ci a lieu à la suite de pertes absorbant le quart au moins du capital social, après imputation préalable des réserves.

« Si la dissolution anticipée est proposée en dehors du cas de perte ci-dessus prévu par suite de fusion ou pour toute autre cause, la proposition de dissolution anticipée sera soumise à une assemblée

générale des porteurs de parts, réunie conformément à l'article 6. Si l'assemblée approuve la dissolution, toute action des porteurs de parts est éteinte, de ce chef, contre la société. Au cas contraire, la décision de l'assemblée générale des actionnaires portant dissolution anticipée n'en est pas moins valable dans ses effets, mais les porteurs de parts conservent, à l'égard de la société, une action éventuelle en dommages-intérêts, qu'ils ne peuvent exercer que collectivement, par l'organe de leurs représentants, et qui doit être engagée, sous peine de forclusion, dans les six mois qui suivront la date de l'assemblée générale des actionnaires prononçant la dissolution anticipée (1). »

Nous avons, dans notre premier chapitre, longuement parlé de la dissolution anticipée, ce qui nous permettra actuellement d'être bref. Sans nous occuper particulièrement du premier paragraphe qui a trait au régime des parts, arrivons de suite au deuxième qui nécessite les explications suivantes :

Au premier abord, il semble qu'il ait pour but de mettre les actionnaires à l'abri des conséquences fâcheuses que pourrait avoir le refus émanant de l'assemblée des porteurs d'accepter la dissolution anticipée. En réalité, sa véritable portée est tout autre ; on se souvient en effet que la jurisprudence n'admet pas les porteurs à critiquer cette opération lorsqu'elle est faite sans fraude. La loi de 1929 ne fait que sanctionner en passant cette solution.

L'idée que s'est proposé le législateur est la suivante et elle est des plus intéressantes. Le deuxième paragraphe de l'article 10 a pour but d'éviter les procès, tout en ménageant les intérêts réciproques des parties.

La société est-elle obligée de se dissoudre : elle communique sa résolution à l'assemblée générale des propriétaires de parts en l'invitant à donner son avis. Celui-ci est-il favorable, les porteurs, ou plutôt la majorité reconnaît-elle le bien-fondé de cette résolution, la dissolution anticipée sera alors opposable à tous ; tous seront considérés comme l'ayant approuvée et toute action en dommages-intérêts de ce chef sera éteinte. L'assemblée émet-elle un avis contraire, la majorité désapprouve-t-elle la dissolution anticipée, celle-ci n'en sera pas moins valablement prononcée par les actionnaires et opposable à tous les porteurs, mais les droits de ces derniers seront

(1) Pour l'évaluation des dommages-intérêts à allouer en cas de dissolution de la société, se reporter p. 19, note 1.

alors expressément réservés, à condition de les exercer collectivement et dans un certain délai.

Il n'est pas besoin d'énumérer les avantages de ce système, car c'est là un véritable système que le législateur eût pu, non pas généraliser, mais étendre à d'autres opérations qui, dans le genre de la dissolution anticipée, intéressent au plus haut point la gestion sociale et dont la gravité même rend dangereuse la subordination de leur réalisation à l'assentiment de la réunion des créanciers, notamment aux deux cas prévus par l'article 9 (modifications touchant à l'objet ou à la forme de la société (1).

En effet, grâce à lui, tous les droits des parties sont respectés : celui des actionnaires de dissoudre leur société selon leur volonté, celui des porteurs de parts d'obtenir le dédommagement du préjudice que cette mesure peut leur causer.

Nous ne pouvons que regretter que la loi n'ait pas fait un plus large usage de ce système qui aurait dû, selon nous, préluder aux réformes sociales les plus importantes.

Au point de vue de l'interprétation littérale du texte, nous remarquerons que le paragraphe 2 s'applique à n'importe quelle dissolution anticipée : « Si la dissolution anticipée est proposée... par suite de fusion ou pour toute autre cause... » dit-il. Il vise donc toute opération entraînant la disparition de l'être social pourvu qu'elle se produise avant le terme statutaire, que ce soit une dissolution pure et simple,

(1) En analysant la clause statutaire « aucune modification aux droits des parts de fondateur ne pourra avoir lieu sans l'accord préalable de l'assemblée générale des actionnaires et de l'assemblée des porteurs de parts », M. PERCE-ROU avait jadis proposé un système semblable qui est le suivant :

L'observation de cette clause ne serait qu'une condition de forme à la charge des assemblées générales d'actionnaires qui, avant de voter, devraient obligatoirement consulter celles des porteurs de parts. Cette formalité remplie, et quel qu'en ait été le résultat, les actionnaires redeviendraient libres, comme si la clause n'existait pas; de procéder à toutes modifications, sauf aux porteurs à actionner la société en dommages-intérêts (*D. P.*, 1904, 1, 89, note).

A notre avis, que nous avons déjà exprimé au texte, ce système n'est applicable que lorsque le refus d'adhésion des porteurs serait susceptible de mettre la société en danger, mais il ne convient pas aux opérations n'intéressant strictement que les rapports de société à porteurs et pour lesquels l'avis conforme de la majorité de ces derniers doit constituer une condition de fond sanctionnée de nullité.

une fusion, etc. Il ne faut excepter que le cas, prévu au premier alinéa, de dissolution anticipée prononcée ensuite de pertes absorbant le quart du capital social : les porteurs ne peuvent dans ce cas ni critiquer l'opération ni prétendre à des dommages-intérêts (1).

En supposant que les actionnaires aient opéré la dissolution anticipée de leur société sans en référer préalablement à l'assemblée générale des porteurs, devons-nous déclarer leur délibération nulle, conformément à la règle que nous avons dégagée en recherchant quelle était la sanction attachée à ses pouvoirs ? La difficulté provient de ce que l'annulation de la délibération des actionnaires ne pourrait pas remettre les choses en état : la société, une fois dissoute, ne peut pas revivre. La doctrine a déjà maintes fois attiré l'attention sur le caractère irrémédiable que présente la dissolution anticipée pour les porteurs de parts (2).

Elle sera donc opposable aux porteurs, car l'article 10 de notre loi n'exige pas pour cela leur assentiment. Par contre, nous croyons qu'ils ne seront plus astreints à observer le délai de six mois, à compter de l'assemblée générale des actionnaires la prononçant, qui leur est impartie par cet article pour intenter l'action collective.

Ce délai fait en effet partie de l'ensemble des mesures prévues par lui et il ne faut pas l'en séparer. Dès l'instant que la société en a repoussé l'application pour frauder les porteurs, il serait injuste d'astreindre ceux-ci à l'observation de ce délai car, dans notre hypothèse, les porteurs, n'ayant pas été convoqués, peuvent très bien ne pas avoir connaissance de la mesure frauduleusement votée par les actionnaires.

En résumé, la dissolution anticipée sera opposable aux porteurs.

(1) Pourquoi la loi se contente-t-elle de pertes absorbant le quart du capital social ? Aux termes de l'article 37, premier alinéa, de la loi de 1867 : « En cas de perte des trois quarts du capital social, les administrateurs sont tenus de provoquer la réunion de l'assemblée générale de tous les actionnaires, à l'effet de statuer sur la question de savoir s'il y a lieu de prononcer la dissolution de la société. »

Ainsi, au cas de perte des trois quarts du capital social, le législateur juge la situation grave puisqu'il ordonne de réunir tous les actionnaires pour délibérer ; mais il n'ordonne pas de prononcer la dissolution.

N'est-il pas étonnant dès lors que la perte d'un quart du capital seulement soit suffisante pour motiver vis-à-vis des porteurs de parts une dissolution qui va les priver, sans discussion possible, de tous leurs droits ?

(2) Voir LECOUTURIER, *op. cit.*, n° 287 et également PERCELOT, *D. P.*, 1904, 1, 89.

mais leur action éventuelle en dommages-intérêts, qu'ils devront toujours exercer collectivement, ne sera plus soumise à l'observation du délai prévu par l'article 10, *in fine*.

### Section III. — Des représentants.

Pour compléter l'organisation du groupement des parts bénéficiaires, le législateur a prévu la nomination de « représentants » dont les attributions sont variées et auxquelles il a consacré l'article 11 en entier et l'article 13 en partie.

Ce que sont ces représentants, l'article 11 *in fine* les définit suffisamment en disant qu'ils sont « soumis aux règles générales du mandat ». Ce sont donc des mandataires. Mais mandataires de qui ? Réservons cette question pour l'examiner seulement en dernier lieu (1).

A qui incombe le soin de leur nomination ? Le premier paragraphe de l'article 11 nous dit que c'est à l'assemblée : « L'assemblée générale des porteurs de parts peut nommer un ou plusieurs représentants de la masse des parts et elle fixe leurs pouvoirs. Elle notifie les nominations à la société. »

Elle doit évidemment délibérer conformément aux prescriptions de l'article 6, bien que cette opération ne constitue pas un acte grave susceptible de porter atteinte au patrimoine des porteurs : il est logique que les représentants, chargés de mission par la majorité, soient également nommés par elle.

Par ailleurs, et conformément au droit commun (art. 1984 C. C.), l'acceptation du mandataire est une condition indispensable à la validité du mandat.

La nomination doit être notifiée à la société. Aucune formalité particulière de notification n'étant imposée, il suffira qu'elle soit

(1) Il convient de remarquer que la loi n'envisage les représentants que comme des agents « externes » ; aucune comparaison ne peut être faite avec les administrateurs des sociétés ou des associations. D'ailleurs, leur nomination est facultative : « L'assemblée générale des porteurs de parts *peut* nommer un ou plusieurs représentants... » (art. 11, § 1).

Ce caractère est encore conforme à la conception législative : les représentants ne sont que des organes destinés à faciliter les rapports entre la société et les porteurs de parts,

effectivement portée à la connaissance des administrateurs. Par contre, cette notification est obligatoire : les élus ne seront considérés par la société comme représentants de la masse qu'à compter de sa réception. Le soin n'en incombe certainement pas à eux, puisque, jusqu'au moment de son accomplissement, ils n'ont pas qualité pour représenter la masse aux yeux de la société, mais au président de l'assemblée générale.

La société pourrait-elle s'opposer à la nomination de telle personne ? Non, car il s'agit là d'une opération qui intéresse l'organisation interne de l'assemblée, au sujet de laquelle elle ne saurait élever aucune protestation. D'ailleurs la loi ne dit nulle part qu'elle soit soumise à son approbation. L'assemblée est donc libre dans son choix, de même qu'elle est entièrement libre de fixer le nombre de représentants qui lui semble nécessaire (1).

Mais l'assemblée pourrait-elle les choisir en dehors de ses membres ? L'article 11 est totalement muet à ce sujet. Devons-nous en conséquence lui permettre de donner ce poste à un étranger ?

Il y a de forts arguments, notamment de texte, pour soutenir l'affirmative. L'article 13 surtout, qui, confiant l'exercice des actions judiciaires collectives à des représentants, stipule expressément que ceux-ci seront « pris parmi les membres de l'assemblée » ; cette disposition se rapportant à un cas particulier, l'exercice des actions judiciaires, prend, quand on la rapproche du premier alinéa de l'article 11 qui prévoit le principe de la nomination des représentants de la masse, figure d'exception.

Citons aussi le paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 4 : « ...Les mandataires (des porteurs aux assemblées générales) doivent être personnellement membres de l'assemblée. » Il semble donc que, lorsque le législateur de 1929 entend déroger aux principes de notre droit qui admettent la liberté du contrat de mandat, il le dit expressément. Or notre article 11 étant muet, il est facile d'en conclure que la nomination du représentant ne connaît d'autres règles que celles du droit commun, conclusion encore confirmée par la fin de cet article : « Ils (les représentants) sont soumis aux règles générales du mandat » qui les place effectivement sous l'empire du Code civil (2).

(1) *Exposé des motifs*, titre I, § 3, IV.

(2) Rappelons que dans les sociétés anonymes également, les commissaires

Les pouvoirs des représentants ne sont pas délimités par la loi qui laisse ce soin à l'assemblée. Ils peuvent donc avoir tous les droits des porteurs, mais ne sauraient en avoir plus. C'est ce que l'article 11, § 2, rappelle en disant : « Les représentants des porteurs de parts ne peuvent s'immiscer dans la gestion des affaires sociales. »

Il ne faut pas oublier qu'ils ne sont que les mandataires de créanciers et que, comme tels, ils doivent respecter la liberté du débiteur. Cependant la loi a cru bon de leur accorder en plus quelques prérogatives touchant la surveillance des affaires sociales.

Le droit de contrôle des porteurs de parts a toujours été très discuté, ainsi que nous l'avons vu dans notre premier chapitre. Il importait que le législateur profitât de la loi nouvelle pour trancher la question.

La proposition CHASTENET contenait à ce sujet deux sortes de dispositions : l'article 18 qui prévoyait la possibilité d'accorder aux porteurs, par une clause spéciale des statuts, le droit d'assister aux assemblées générales d'actionnaires, mais sans voix délibérative, à peine de nullité des délibérations; l'article 26 qui donnait à leurs représentants, en plus, droit aux mêmes communications que les actionnaires et à la copie des procès-verbaux de leurs assemblées générales.

La Commission sénatoriale fit disparaître le premier de ces deux articles, l'article 18, pour ne conserver que le second, et en cela elle sut concilier d'une manière heureuse la liberté du débiteur et les droits des créanciers.

L'article 18 de la proposition CHASTENET était excessif, quoique sa portée fût bien réduite du fait de la nécessité d'amener la société à consentir à son application aux parts créées par elle. Bien que nous tranchions un point discuté, nous estimons en effet que le droit d'assister aux réunions des actionnaires ne doit pas être accordé aux parts bénéficiaires, pour deux raisons : d'abord parce que nos principes généraux répugnent à l'idée de soumettre le débiteur au contrôle permanent du créancier, ensuite, parce qu'il est indispensable de créer entre la part de fondateur et l'action un fossé aussi large que

de surveillance peuvent être choisis parmi les étrangers, et que le paragraphe 2 de l'article 22 de la loi de 1867 prévoit explicitement la substitution aux administrateurs de mandataires pris en dehors du conseil et même de la société.

possible. L'article 18 de la proposition CHASTENET, malgré la précaution qui n'avait pas été omise de refuser aux porteurs la voix délibérative, aurait certainement amené la confusion dans bien des esprits.

Mais en le rayant du texte qu'elle proposa au Parlement, la Commission sénatoriale n'a pas sacrifié les droits des porteurs, puisqu'il introduit dans les assemblées d'actionnaires, en leur nom, et sous l'aspect des représentants, un organe discret de contrôle, amplement suffisant pour les renseigner, ce qui est le but cherché : « Ils (les représentants) ont le droit d'assister aux assemblées générales des actionnaires (mais sans voix délibérative, à peine de nullité des délibérations) » (art. 11, § 3 (1)).

Les autres prérogatives accordées aux représentants des porteurs par la loi sont les suivantes :

« Ils ont droit aux mêmes communications que les actionnaires et aux mêmes époques.

« Ils peuvent se faire délivrer copie des procès-verbaux des assemblées générales quelconques des actionnaires » (art. 11, § 4 et 5).

Toutes ces prérogatives, spéciales aux mandataires de l'assemblée générale, découlent, notons-le bien, de la loi elle-même. Etant donné l'intérêt qu'elles présentent pour les porteurs, elles sont d'ordre public et la société ne peut en aucun cas les en priver.

Seuls parmi la masse, les représentants seront donc renseignés sur l'état des affaires de la société. Vont-ils garder ces renseignements précieux pour eux seuls ? Certes non, il faut prévoir une sorte de rapport fait par eux à la prochaine assemblée de la masse. D'ailleurs ne doivent-ils pas, comme mandataires, rendre compte de leurs travaux à leurs mandants ?

Ils sont donc à la fois commissaires de surveillance et agents d'exécution, à la fois « l'œil et le bras » de la masse (2).

Il nous faut, puisque nous traitons des pouvoirs des représentants, reprendre la question que nous nous étions posée antérieurement. Parmi les droits qui leur sont accordés par la loi ne figure pas celui

(1) La loi ne les fait accéder qu'aux assemblées générales. Etant donné le caractère exceptionnel de cette mesure, nous ne pouvons pas l'étendre aux réunions du Conseil d'administration. D'ailleurs, la jurisprudence antérieure interdisait aux porteurs de parts de s'immiscer dans les décisions de celui-ci (Tr. com. Seine, 24 juin 1886, *Revue des Sociétés*, 1886, p. 603).

(2) VOIRIN, *op. cit.*, p. 124.

de convoquer l'assemblée générale. L'examen des travaux préparatoires apprend que ce n'est pas là un oubli : c'est sciemment que le législateur le leur a refusé (1), le jugeant inutile.

La pratique ne sera certainement pas de cet avis. La logique non plus. Comme nous le disions plus haut, il eût été naturel de donner aux représentants le droit de convocation puisque seuls, parmi tous les porteurs, ils sont exactement au courant de la situation des affaires sociales.

Mais, avions-nous dit, l'assemblée générale pourrait-elle le leur déléguer ? L'affirmative ne fait pas de doute.

Entendons-nous, il ne s'agit pas ici de leur donner le droit de convocation tel que l'exerce la société et tel qu'il serait heureux qu'ils le possédassent (2). Il s'agit seulement de leur permettre, à eux, mandataires, d'user aux lieu et place de leurs mandants du droit de requérir de la société débitrice la convocation de l'assemblée, dans les formes de l'article 2, § 2, 3, 4 ; ce qui n'excède ni les pouvoirs de la majorité, puisqu'elle représente toujours au moins un vingtième des parts d'une masse (3), ni ceux des représentants qui sont fixés par elle.

Cette décision est donc parfaitement valable ; elle est une conséquence du texte même de la loi dont elle ne heurte aucune disposition.

Vainement objecterait-on le souci du législateur d'éviter les

(1) *Exposé des motifs*, titre I, § 4.

(2) On a soutenu que les représentants pourraient être valablement investis par l'assemblée générale du pouvoir de procéder à sa convocation sans avoir à observer les formalités de l'article 2, § 3 et 4, en un mot, d'un droit de convocation *proprio motu* analogue à celui de la société.

Tout en reconnaissant l'intérêt pratique que présente une semblable théorie, nous refusons de l'admettre pour plusieurs motifs. D'abord, elle est contraire à l'intention du législateur (voir la note précédente). Ensuite, et surtout, elle manque de base juridique. Les représentants étant de simples mandataires ne peuvent pas avoir plus de droits que leurs mandants ; or le régime actuel de la part bénéficiaire ne concède aux porteurs le droit de convocation qu'à charge de remplir les formalités exigées par l'article 2. Il serait vraiment étrange que les porteurs puissent se libérer de cette charge en confiant le soin de leur convocation à des mandataires (comparer : CORDONNIER, *op. cit.*, p. 330 ; VOIRIN, *op. cit.*, p. 121).

(3) La majorité de la troisième assemblée, prévue par le paragraphe 3 de l'article 6, au quorum de un tiers, représente en effet les deux neuvièmes des parts de la masse,

demandes basées sur des motifs futiles : les mandataires, isolés, ne vont-ils pas se laisser entraîner ? Et ne risque-t-on pas de tomber ainsi dans le défaut dont la loi a précisément voulu nous garantir ? Cette crainte est chimérique. Au contraire, il y a moins de danger à donner le droit de convocation aux mandataires des porteurs qu'à le donner à un groupe, même important, de ceux-ci ; le droit de regard sur les affaires sociales qui leur est accordé leur donne les moyens nécessaires, que n'ont pas les porteurs, pour apprécier les mesures à prendre et, partant, l'utilité d'une réunion.

Aussi à notre avis, rien n'empêche la majorité des porteurs de donner, lors d'une assemblée générale, tous pouvoirs aux représentants, ou seulement à l'un d'entre eux, pour procéder, conformément aux paragraphes 2, 3 et 4 de l'article 2, à la prochaine convocation lorsqu'ils le jugeront bon.

En ce qui concerne leurs obligations, les représentants sont, ainsi que nous l'avons déjà dit, soumis au droit commun. Leur responsabilité s'appréciera suivant les règles édictées par le Code civil au chapitre du mandat, responsabilité qui varie suivant que le mandat est gratuit ou rémunéré, en ce sens qu'elle est plus sévèrement appréciée dans le second cas que dans le premier (1). De même, ils seront tenus de rendre compte à leurs mandants (2), c'est-à-dire en l'espèce à l'assemblée générale.

Quant à la durée de leur mandat, elle variera suivant la mission qui leur aura été confiée et s'éteindra avec elle. Ainsi, le représentant chargé d'intenter une action ne sera libéré que lorsque la décision intervenue sera passée en force de chose jugée. Par contre, ceux ayant reçu mission générale de contrôle et de surveillance resteront en fonction jusqu'à la réunion de l'assemblée générale qui les en relèvera et à laquelle ils devront rendre compte. Or comme les assemblées générales ne sont pas périodiques, ils risquent de rester personnellement responsables pendant longtemps, de même que les porteurs risquent de ne recevoir leur reddition de compte que bien après leur avoir confié leurs missions.

Nous avons supposé plus haut que le mandat pouvait être rémunéré. La loi ne parle pas de rémunération, mais il est évident qu'il

(1) Art. 1992, C. C.

(2) Art. 1993, C. C.

faut suppléer ici à son silence, surtout si les représentants sont pris en dehors de l'assemblée (1).

Mais ici surgit une grosse difficulté : sur quels fonds en sera prélevé le montant, l'assemblée générale ne possédant rien ? Elle ne peut pas être mise à la charge de la société par actions car le paragraphe 8 de l'article 5 ne lui fait supporter que « les frais de convocation et de tenue de l'assemblée générale des propriétaires de parts ». Force est donc à ces derniers d'y faire face. Ils pourront, à notre avis, s'y prendre de la manière suivante : faire décider par une assemblée le quantum de la rémunération des représentants et faire payer ceux-ci par la société débitrice au moyen de prélèvements opérés sur les dividendes revenant aux parts bénéficiaires, suivant une proportion qu'ils auront soin d'établir et de lui indiquer. Ces prélèvements ayant été votés par la majorité seront opposables à tous les porteurs.

Les représentants sont, avons-nous dit, des mandataires. Mais il s'agit de préciser qui, exactement, joue le rôle de mandant.

L'examen du texte même de la loi ne nous renseigne pas. Le premier paragraphe de l'article 11 dit « représentants de la masse », dénomination répétée dans l'article 13. Par contre, le deuxième paragraphe de l'article 11 porte « représentants des porteurs de parts ».

La difficulté provient de ce qu'il est impossible d'attribuer à la masse le caractère de la personnalité morale. Remémorons-nous en effet la manière dont le législateur a conçu le groupement des porteurs : situation analogue à celle de la faillite, organisée temporairement pour permettre le jeu de la loi de majorité. Nous aurons d'ailleurs l'occasion de revenir plus longuement sur ce sujet.

Dès lors, si le représentant n'est pas le mandataire de la masse « être moral », si ses missions ne lui sont pas confiées par la volonté de celui-ci, volonté constituée par celle de la majorité, de qui donc est-il le mandataire ? De la majorité qui l'a commis ? Non pas, puisque la loi le considère comme le représentant de la masse, c'est-à-dire de tous. De tous les porteurs, pris individuellement ? Impossible encore, puisqu'il a été nommé par la majorité seulement et non par l'unanimité.

(1) Le rapport de M. ROUSSEAU pour le projet de 1903 (*Journal des Sociétés*, 1903, p. 441) prévoyait explicitement la rémunération du mandat des représentants.

Par ailleurs, il ne s'agit pas ici d'un mandat légal dans le genre de celui créé par la loi du 2 juillet 1893 pour permettre la représentation en justice de tous les obligataires de la Société de Panama, ni d'un mandat judiciaire analogue à celui donné aux syndics de la faillite nommés par le Tribunal de commerce pour représenter à la fois le failli et la masse de ses créanciers.

Dans notre cas, l'assemblée générale des porteurs est entièrement libre de décider s'il y a lieu à nomination d'un représentant, de le choisir où bon lui semble et même de fixer ses attributions. Il s'agit donc bien là d'un mandat conventionnel tel qu'il est réglementé au titre XIII du livre III du Code civil.

Situation étrange et que nous croyons nouvelle dans notre droit. Bien que tenant son mandat d'un groupe de porteurs constituant la majorité, groupe qui peut être de faible importance (lors d'une troisième assemblée, la majorité ne représente que les deux neuvièmes des parts de la masse), il n'en est pas moins considéré comme le mandataire de tous, même de ceux qui s'y sont refusé expressément.

Nous sommes donc en présence d'une exception aux principes généraux. Jusqu'à maintenant le mandat, lorsqu'il n'était pas imposé par la loi, supposait comme tous les contrats le consentement des parties, même en cas de pluralité de mandants. Maintenant nous connaissons un cas où il n'en sera plus ainsi et où le consentement de quelques-uns seulement suffira à lier les autres.

La conception de l'union des porteurs comme simple rassemblement momentané des créanciers mène, on le voit, à de singuliers résultats.

#### **Section IV. — De l'exercice des actions judiciaires.**

Une formule d'organisation des créanciers collectifs doit également se préoccuper de régler l'exercice de leurs actions judiciaires. Jusqu'à quel point en dispose-t-elle ? Quelles sont les actions qu'il faut considérer comme appartenant en propre aux porteurs et quelles sont celles qui pourront être exercées au nom de la collectivité ?

Semblable question n'est pas nouvelle. Depuis longtemps il existe dans la matière des sociétés par actions une situation analogue soulevant les mêmes difficultés. Nous faisons allusion au problème de la distinction entre actions sociales et actions individuelles dont nous

rappellerons seulement les deux systèmes de solution les plus universellement admis.

Dans une première opinion, « le critérium de la distinction réside exclusivement dans la cause de ces actions, c'est-à-dire dans le fait juridique qui constitue la base directe et immédiate du droit dont les tribunaux sont appelés à sanctionner la violation (1) ». Est donc sociale l'action qui sanctionne la responsabilité contractuelle des administrateurs (pour faute commise dans l'exécution de leur mandat) ; au contraire est individuelle celle qui prend sa source dans un fait délictuel ou quasi-délictuel.

Un second système cherche son critérium dans l'objet de l'action et l'étendue du dommage : « l'action intéresse-t-elle la société ou l'ensemble de ses membres, tend-elle, en d'autres termes, à réparer un préjudice frappant la collectivité, elle sera sociale. Elle sera individuelle, par contre, si, n'intéressant qu'un ou plusieurs associés, ou intéressant tous les associés, mais dans des proportions inégales, elle tend à la réparation d'un dommage particulier (1) ».

Entre ces deux opinions, doctrine et jurisprudence balancent également, sans parvenir à découvrir la solution de cette question qui est certainement une des plus confuses de notre droit.

Pour résoudre, dans le domaine des parts bénéficiaires, ce délicat problème, la loi nouvelle ne met à notre disposition qu'un seul article, l'article 13, ainsi rédigé :

« Aucune action judiciaire concernant l'exercice des droits communs à toutes les parts d'une même masse ne peut être exercée contre la société qu'au nom de cette masse, après décision conforme de l'assemblée générale prévue à l'article premier, et par un représentant de la masse nommé par l'assemblée générale et pris parmi les membres de cette assemblée. »

Nous allons tâcher de dégager le sens et la véritable portée de ce texte.

#### SENS ET PORTÉE DE L'ARTICLE 13.

*Caractères généraux.* — Quelle est, tout d'abord, l'idée générale qui le domine ? Les travaux préparatoires nous apprennent que l'article 13 a été ajouté à la proposition CHASTENET par la Commis-

(1) PIC, *op. cit.*, t. III, n° 1549 et s.

sion sénatoriale « pour éviter les actions individuelles insuffisamment justifiées (1) ».

En réalité, ce n'est pas tant pour écarter les actions insuffisamment justifiées que pour éviter la pluralité des actions individuelles qu'il a été écrit.

Lorsque les porteurs, avant la loi de 1929, n'avaient pas réussi à se grouper dans un organisme quelconque, ou seulement lorsque tous n'en faisaient pas partie, chacun d'eux dans le premier cas, l'union et chacun des dissidents dans le second, conservaient par devant lui l'exercice des actions nées du contrat passé avec la société. Même au cas de formation d'un groupement de porteurs, encore fallait-il qu'il fût régulier pour que l'abandon généralement fait par ceux-ci de l'exercice individuel de leurs droits pût être considéré comme valable.

La société était donc constamment sous la menace d'un certain nombre d'actions individuelles que l'isolement fréquent des porteurs et le principe de la relativité de la chose jugée pouvaient rendre très élevé. Situation évidemment défavorable et à laquelle le législateur a entendu remédier en substituant aux multiples actions des propriétaires de parts une action collective déclanchée par la majorité au nom de l'ensemble des porteurs.

Les termes de la loi correspondent parfaitement à cette idée : « Aucune action judiciaire concernant l'exercice des droits communs à toutes les parts... ne peut être exercée contre la société qu'au nom de cette masse, après décision conforme de l'assemblée générale... ».

En un mot, nous devons déjà apporter certaines limites à l'application de notre article : il vise seulement les actions que la masse pourrait introduire contre la société débitrice et où elle joue le rôle de demanderesse. Sont donc écartées les actions exercées contre d'autres personnes que la société et celles où la masse serait défenderesse.

L'étude générale de l'article 13 doit nous suggérer une seconde remarque.

En interdisant les actions individuelles pour laisser le champ libre à l'action collective, le législateur s'est trouvé par là même amené à

(1) Rapport au Sénat, *Journal officiel*, documents parlementaires, Sénat, 1923, annexe n° 35.

en confier l'exercice à un représentant mandaté à cet effet par l'assemblée générale.

Conséquence indirecte de la réforme, mais heureuse pour les porteurs. Nous avons vu que dans les groupements antérieurs à 1929 la vieille règle de procédure « Nul ne plaide par procureur » s'opposait, en raison de leur manque de personnalité morale, à ce que leurs représentants eussent la capacité d'ester en justice en leur nom. Cette capacité ne pouvait leur être octroyée que par la convention, en faisant intervenir aux statuts la société émettrice qui renonçait par avance au droit de soulever le défaut de qualité des représentants de ses porteurs.

Dorénavant, plus ne sera besoin aux propriétaires de parts de faire renoncer la société ; plus ne sera besoin à la jurisprudence de rechercher dans les faits de la cause la preuve d'une renonciation tacite de sa part. Il appert en effet de l'article 13 qu'il fait échec à la règle « Nul ne plaide par procureur (1) » en faveur des représentants de la masse chargés par elle d'exercer l'action collective.

En résumé, l'article 13, lorsqu'on l'envisage dans ses grandes lignes, a un double résultat. Favoriser d'abord la société en lui évitant les actions multiples, répétées et basées sur la même cause, et pour cela, annihiler, par une nouvelle atteinte à la liberté des droits des porteurs, l'exercice de leurs actions individuelles jusqu'à un certain point que nous aurons à préciser. Favoriser ensuite les propriétaires de parts en édictant, dans certains cas (exercice d'une action collective contre la société), une exception à la règle « Nul ne plaide par procureur » pour leurs représentants.

Dé ce double résultat, nous tirerons les deux conséquences suivantes : l'article 13 est d'ordre public et doit être interprété d'une manière rigoureusement restrictive (2).

(1) Au surplus, les travaux préparatoires ne permettent pas de douter du caractère exceptionnel de ce pouvoir de représentation en justice.

M. CHASTENET notamment l'explique ainsi : « les actions intéressant l'ensemble des obligataires ne peuvent être utilement exercées que par des mandataires investis du pouvoir de les représenter, à cause de la règle « Nul en France ne plaide par procureur », car même avec l'interprétation libérale donnée à cette règle par la jurisprudence, l'exercice d'actions par l'intermédiaire d'un représentant présente aujourd'hui des difficultés que le vote de cette disposition fera disparaître » (*Exposé des motifs*, t. I, § 3, IV.)

(2) On a soutenu au contraire qu'on pouvait étendre le régime de l'article 13

*Critérium de distinction.* — Ayant ainsi dégagé les caractères généraux de l'article 13 et précisé les deux conditions auxquelles est subordonnée son application — savoir : action exercée contre la société par la masse agissant comme demanderesse — il est facile de se rendre compte qu'il n'englobe pas toute la matière des actions judiciaires que nous nous sommes proposé d'étudier dans la présente section.

Cependant, quelques limites que nous soyons obligés d'apporter à son application, le problème de la distinction entre actions individuelles et actions intéressant la masse demeure entier pour lui. Effectivement, le législateur a précisé qu'il n'entendait substituer l'exercice collectif à l'exercice individuel que pour les actions « concernant, dit-il, l'exercice des droits communs à toutes les parts d'une même masse. »

Si nous appliquons à cette formule le critérium du premier système soutenu en matière sociale, système que nous avons résumé plus haut et qui se base sur la cause des actions, il faudra, par actions « concernant l'exercice des droits communs à toutes les parts » entendre exclusivement celles qui, faisant abstraction de la personnalité des créanciers, trouvent leur source dans le titre lui-même (par exemple, l'action éventuelle en dommages-intérêts pour dissolution anticipée non approuvée par l'assemblée générale, prévue par l'article 10, § 2). A ce point de vue, le critérium de l'action collective, nous entendons par là celle de l'article 13, devra être cherché dans la distinction entre le lien général, issu de l'unité de fond et de forme caractérisant les multiples contrats constatés par les parts, qui unit la société à l'ensemble des porteurs d'une même masse, et les liens particuliers et spéciaux qui peuvent unir la société à chacun de ses créanciers envisagés individuellement.

Ce lien général serait sanctionné par l'action collective, née des obligations contractuelles, chacun des liens particuliers par l'action

et accorder de larges pouvoirs de représentation en justice aux mandataires de l'assemblée générale (CORDONNIER, *op. cit.*, p. 356 et 357).

Rien ne nous semble motiver pareille interprétation. La rédaction de cet article s'explique parfaitement, ainsi que nous l'avons vu, et elle s'applique exactement à la situation que le législateur a voulu modifier. Ni les travaux préparatoires, ni le texte de la loi ne nous permettent d'entendre les pouvoirs des représentants au delà des termes de l'article 13.

individuelle, née d'obligations délictuelles (art. 1382 et 1383 C. C.).

Ce critérium réduit quelque peu le champ d'application de notre article. Et cependant, d'un autre côté, il est trop compréhensif. Certains droits, qui sont de la nature même de la part bénéficiaire, ne peuvent pas toujours donner lieu à l'exercice d'une action collective. Ainsi, le porteur a droit à un certain dividende (lorsque celui-ci a été déterminé par l'assemblée générale des actionnaires). Si la société omet ou refuse de le lui payer, il peut l'actionner. Irons-nous appliquer à cette action le régime de l'article 13 et subordonner son exercice à une autorisation de la majorité ? Non, le porteur envisagé agira seul et en son nom, car il a seul intérêt à agir. De même le droit à la délivrance du titre, qui est un des droits du porteur (1), donne lieu à semblables remarques.

Ainsi, ces deux cas, bien qu'intéressant l'exercice d'un droit commun à toutes les parts, ne donnent pas lieu à l'application de l'article 13, parce que tous les autres porteurs n'ont aucun intérêt à agir (2).

Il doit donc entrer dans le critérium de l'action collective un

(1) Voir COPPER-ROYER, *op. cit.*, n° 459.

(2) La procédure apprend que l'intérêt à agir est une des conditions essentielles de l'exercice de l'action. Dans le cas que nous envisageons, un des porteurs seul étant lésé, il a seul intérêt à agir. Pour que la masse puisse réaliser cette condition, il faudrait soutenir qu'elle a, elle aussi, un intérêt à actionner la société. Ce qui est impossible.

En effet, l'article 13, s'analysant, comme l'article 7 d'ailleurs, dans un abandon contraint du droit de poursuite individuelle du porteur au profit de la masse, est la négation de l'existence chez cette dernière d'un intérêt collectif, d'un intérêt « de groupement » distinct de la réunion des intérêts individuels et qui eût pu servir de fondement à un droit collectif. Si l'on veut parler d'un intérêt collectif de la masse, il faut l'entendre dans le sens, jadis soutenu par certains auteurs, de somme mathématique des intérêts individuels (ROUX, S. 1908, 1, 105, et également PLANIOL, D. P., 1898, 2, 180).

D'ailleurs l'article 13 évite soigneusement d'employer l'expression « droit collectif », il lui substitue celle de « droit commun ».

En résumé, notre action collective n'est que la résultante de l'ensemble des actions individuelles.

Sans vouloir entrer dès maintenant dans la critique de cette conception, qui est une conséquence directe de celle de la masse, signalons combien elle est peu en harmonie avec la jurisprudence actuelle (voir le célèbre arrêt de la Cassation, Ch. réunies, du 5 avril 1913, au S. 1920, 1, 49) et la législation moderne (loi du 10 juillet 1915, devenue article 33, C. T. L. I, et loi du 12 mars 1920).

deuxième élément : la communauté de l'intérêt. Par là, nous retombons dans le deuxième système préconisé en matière sociale, qui, nous nous en souvenons, base sa distinction sur l'objet de l'action et l'étendue du dommage : sera collective l'action qui vise à réparer le préjudice subi par tous les porteurs proportionnellement aux droits de chacun. Restera individuelle celle qui ne tendra qu'à procurer la réparation d'un dommage particulier.

Cette interprétation est plus large que la précédente, car elle fait déborder l'action collective du domaine de la responsabilité contractuelle dans celui de la responsabilité délictuelle. Ainsi, supposons que par des manœuvres dolosives quelconques, engageant sa responsabilité, la société ait réussi à émettre des parts bénéficiaires ou à les racheter d'une façon désavantageuse pour les porteurs : la masse pourra user contre elle de l'action collective, car chacun d'eux, ayant été lésé, aura à la fois droit et intérêt à agir.

L'action collective de l'article 13 n'étant que l'action « sociale » dans le cas des actions dirigées contre la société, le critérium que nous proposons doit pouvoir s'appliquer à toutes les actions.

Ainsi compris, il est complexe. Deux éléments le composent : d'une part, la communauté du droit exigée par la loi, et la communauté de l'intérêt, autrement dit, la communauté de l'action ; d'autre part, un préjudice proportionnel aux droits de chaque porteur.

Nous allons envisager successivement le régime des actions intéressant la masse et celui des actions individuelles.

#### RÉGIME DES ACTIONS INTÉRESSANT LA MASSE.

L'interprétation restrictive que nous devons adopter pour l'article 13 nous oblige à distinguer les actions exercées contre la société de celles dirigées contre d'autres personnes, et à exclure ces dernières du régime de faveur qu'il institue.

a) *Actions contre la société.* — Le trait principal du régime légal est de réserver l'exercice des actions collectives à l'assemblée générale de la masse. C'est elle qui décide en dernier ressort s'il y a lieu d'agir contre la société (1).

(1) Conformément au principe de la séparation des assemblées générales des diverses masses pouvant exister dans une même société, les actions collectives

Disposition conforme à l'esprit de la loi : c'est, somme toute, le corollaire nécessaire et indispensable de l'article 7. Puisque l'assemblée générale, délibérant conformément aux prescriptions légales, est souveraine maîtresse des droits de l'ensemble des porteurs de parts, puisque l'individualité de chacun de ces derniers disparaît derrière l'écran de la majorité, il est absolument certain que les actions doivent également suivre le sort et se soumettre au même régime que les droits dont elles sont issues, ou plutôt, dont elles ne sont que la transposition dynamique.

De même qu'elle statue « sur toutes les questions qui lui sont soumises » (art. 7) et qui, bien entendu, intéressent le régime des parts bénéficiaires, « aucune action judiciaire concernant l'exercice des droits communs à toutes les parts d'une même masse ne peut être exercée contre la société qu'au nom de cette masse, après décision conforme de l'assemblée générale prévue à l'article premier ».

Comme toutes les résolutions de cette assemblée, celles intéressant l'exercice des actions collectives sont opposables à tous les porteurs, dissidents, absents et incapables.

Cet heureux résultat de notre loi montre péremptoirement l'avantage du groupement des créanciers collectifs. Dans ces dernières années, la jurisprudence, inquiète des assemblées à la dévotion de la société débitrice, reconnaissait parfois aux dissidents la capacité de faire valoir leurs droits, malgré les décisions de ces assemblées, lorsque leur protection ne lui semblait pas avoir été suffisamment assurée.

Ce régime jurisprudentiel, pour équitable qu'il fût, offrait tous les inconvénients multiples de l'incertitude et de l'instabilité. Avec la loi récente, du moins la situation sera-t-elle nette de ce côté.

L'article 13 précise enfin le mode d'exercice de l'action collective. « Aucune action judiciaire... ne peut être exercée... qu'au nom de la masse... et par un représentant de la masse nommé par l'assemblée générale et pris parmi les membres de cette assemblée ».

Elle doit donc être exercée par un représentant choisi par l'assem-

seront exercées par masse. « Aucune action judiciaire concernant l'exercice des droits communs à toutes les parts *d'une même masse*... » dit l'article 13. Au surplus, voir les explications, de même que les critiques, touchant le dernier paragraphe de l'article 1<sup>er</sup> (*supra*, p. 67 et 68.)

blée parmi les porteurs de parts. Pourquoi cette dernière restriction ? Un représentant étranger n'eût-il pas aussi bien fait l'affaire ? L'article 17 de la loi de 1867, dont le but est de permettre aux petits groupes d'actionnaires agissant dans un intérêt commun de diminuer les frais de justice en chargeant un mandataire choisi par eux de les représenter, ne les oblige pas de limiter leur choix aux seuls associés.

Il va sans dire qu'il n'est pas indispensable que le représentant soit nommé par la délibération qui lui confie l'exercice de telle action contre la société. Un représentant quelconque, à charge toutefois d'être choisi parmi les porteurs, pourrait, au moment de sa nomination, être investi par la majorité de la mission générale d'exercer les actions collectives éventuelles. Seulement, dans ce cas, il devrait, avant d'agir en justice, obtenir l'autorisation de l'assemblée générale, seule maîtresse de ces actions. Cette autorisation doit être préalable, c'est ce qu'il appert du texte de la loi : « Aucune action judiciaire... ne peut être exercée... *qu'après décision conforme de l'assemblée générale...* ».

Quant aux pouvoirs du représentant, ils dépendront des termes de son mandat, fixé, conformément au principe de l'article 11, par l'assemblée générale.

Contrairement à la règle « Nul ne plaide par procureur » ainsi mise en échec par le législateur, ce mandataire agira « au nom de la masse ». Point ne sera donc besoin de faire figurer les noms de tous les porteurs dans les actes de procédure, non plus que dans les décisions.

Tel est le régime auquel la loi de 1929 soumet l'exercice contre la société émettrice des actions intéressant la masse.

Si nous voulons établir un parallèle avec les actions sociales, nous dirons que, lorsqu'elles sont dirigées contre la société débitrice, les actions intéressant la collectivité ne peuvent être exercées que par des représentants agissant *ut universi*. Dans ce domaine, l'exercice *ut singuli* est interdit.

b) *Actions contre d'autres personnes que la société.* — Nous en arrivons maintenant à notre deuxième catégorie d'actions intéressant la collectivité, à celles qui ne sont pas exercées contre la société et qui, comme telles, sont en dehors du champ d'application de l'article 13.

Le législateur ne semble pas s'être rendu compte que le jeu d'une

assemblée générale prenant des décisions à la majorité en se conformant à certaines règles impératives, et nommant des représentants qui sont de simples mandataires, pouvait faire naître des conflits intéressant l'ensemble des porteurs d'une masse au même point que ceux pouvant surgir dans leurs rapports avec la société débitrice.

La distinction de ces actions suivant l'étendue de l'intérêt qu'elles sanctionnent s'impose, car il est raisonnable de penser que leur régime doit en être influencé.

Prenons par exemple l'action *mandati*. Suivant les cas, elle peut intéresser un ou plusieurs porteurs ou bien la collectivité tout entière. Certes, dans un cas comme dans l'autre, n'étant pas dirigée contre la société, elle ne pourra pas bénéficier des dispositions de l'article 13, elle ne pourra pas être exercée par un représentant au nom de la masse.

Il semble donc que tout soit dit à son sujet et que nous ne puissions que constater sa subordination aux règles du droit commun.

Mais la distinction n'en garde pas moins son importance, car l'action *mandati*, lorsqu'elle sanctionne un droit commun à toutes les parts, subira par là même l'autorité de l'assemblée générale.

Si celle-ci donne régulièrement quitus à ses représentants lors de leur reddition de compte, ce quitus est opposable à toute la masse et met définitivement obstacle à l'action des dissidents ou des absents.

Une décision de l'assemblée générale, une renonciation ou une confirmation même tacite émanant d'elle, peuvent éteindre ces actions qui, faute de pouvoir entrer dans le champ de l'article 13 et bien qu'intéressant la collectivité, devront être exercées par les porteurs agissant individuellement, en leur nom personnel et dans la limite de leur propre intérêt.

Aussi prennent-elles l'aspect des actions sociales lorsqu'elles sont exercées par les actionnaires *ut singuli* (1). Comme celles-ci, elles peuvent être intentées par un nombre restreint de personnes intéressées, voire par une seule d'entre elles.

Cependant, il faut signaler entre ces deux types d'actions de notables différences.

(1) L'opinion dominante admet qu'en cas d'inaction de la société les actions sociales peuvent être exercées par les actionnaires agissant *ut singuli* (HOURVIN, *op. cit.*, t. I, n° 761 ; PIC, *op. cit.*, t. III, n° 1568).

L'exercice *ut singuli* des actions sociales par les actionnaires, d'une part, doit être considéré comme un mode exceptionnel, admissible seulement quand la société reste dans l'inaction ; d'autre part, il ne met pas obstacle à leur exercice *ut universi* ultérieur par un mandataire de la société. Au contraire, dans notre matière, les représentants des porteurs n'ayant reçu du législateur qualité d'agir au nom de la masse qu'à l'encontre de la société, ces actions ne pourront jamais être exercées au nom de la collectivité (1).

Elles ne pourront même jamais l'être d'une façon collective quelconque : il n'y a, en faveur des propriétaires de parts, aucun texte comparable à l'article 17 de la loi de 1867 (2). Les porteurs, aussi nombreux soient-ils, même s'ils choisissent un mandataire commun, devront tous figurer en nom dans la procédure (3).

#### RÉGIME DES ACTIONS INDIVIDUELLES.

Ayant précédemment dégagé le critérium qui nous permettra de distinguer les actions intéressant la collectivité des actions individuelles, il nous reste que peu de chose à dire de ces dernières.

Leurs causes sont nombreuses et variées : contre les tiers (différend entre un porteur et un tiers au sujet de son titre, entre un porteur et le président de l'assemblée qui aurait refusé de l'inscrire sur la feuille de présence...), contre la masse (action en nullité d'une décision de l'assemblée de la masse...).

Elles peuvent aussi être intentées contre la société débitrice. Nous avons vu que l'obligation pour les propriétaires de parts de n'exercer les actions judiciaires concernant l'exercice des droits communs à toutes les parts que par l'intermédiaire d'un représentant collectif et après avis conforme de l'assemblée générale de la masse, n'est

(1) Ces différences disparaissent si l'on reconnaît, ou si l'on accorde, ce qui pratiquement revient au même, la personnalité morale à la masse. Les représentants pouvant, en ce cas, valablement ester en justice en son nom, pour quelques causes que ce soient, l'action « sociale » pourra être exercée par eux *ut universi*. L'exercice *ut singuli* deviendra également un mode subsidiaire, seulement utilisable en cas d'inaction de la masse.

(2) Voir *supra*, p. 116.

(3) Cette remarque conserve sa pleine valeur si l'on accorde la personnalité à la masse,

pas exclusive du droit que chacun d'eux possède de poursuivre individuellement la société en réparation du préjudice qu'il a pu personnellement éprouver, que ce préjudice provienne d'un manquement au contrat ou d'une faute délictuelle (ou quasi délictuelle).

Ainsi le porteur sera libre d'attaquer la société de sa propre autorité, en son nom, et sans en référer à personne, lorsqu'il aura subi, par le fait de celle-ci, un préjudice personnel et particulier, par exemple, lorsque l'acquisition de ses titres aura été provoquée par des manœuvres frauduleuses le visant spécialement.

Quant à leur mode d'exercice, chaque porteur a toute liberté pour agir suivant son bon plaisir et suivant les règles ordinaires du droit et de la procédure. L'assemblée générale n'a aucune prise sur elles : une organisation collective ne doit pas tendre à dépouiller ses membres de tous leurs attributs, mais seulement de ceux attachés à leur qualité de créancier collectif.

#### ACTIONS EXERCÉES CONTRE LA MASSE.

Il faut bien admettre que la masse ne pourra pas toujours jouer le rôle de demanderesse. Nous avons déjà vu un cas où elle occupera la place du défendeur : c'est lorsqu'un porteur poursuivra la nullité d'une délibération de son assemblée. La société débitrice peut également avoir intérêt à poursuivre cette nullité.

A qui sera alors laissée la copie de l'exploit introductif d'instance signifié à la masse ? Elle ne peut l'être qu'à ses représentants qui auront pouvoir de la recevoir même en l'absence d'une clause expresse de leur mandat, puisqu'aux termes de l'article 11 ils sont les mandataires de l'ensemble des porteurs (1).

(1) Et s'il n'y a pas de représentant ? C'est un fait qui se produira, car, dans le système légal, ni leur nomination, ni même les assemblées générales qui peuvent y procéder, ne sont obligatoires.

La solution à adopter varie suivant que l'on admet, ou non, la personnalité morale de la masse. Dans le premier cas, la situation de la masse sans représentant peut être assimilée à celle d'un défendeur sans domicile connu : c'est dire que l'exploit pourra valablement être signifié au Parquet. Mais dans le second, il semble bien que, faute de pouvoir toucher la masse, le demandeur ne puisse passer outre. Toutefois, il convient de remarquer que la société émettrice conservera toujours la ressource de convoquer ses porteurs en assemblée générale, à seule fin de provoquer la nomination d'un représentant.

Mais pourront-ils poursuivre la procédure en son nom ? A première vue, il semble que non, en raison de la règle « nul ne plaide par procureur » à laquelle l'article 13 n'a entendu déroger que dans un seul cas, celui de « l'action judiciaire concernant l'exercice des droits communs à toutes les parts d'une même masse... *exercée contre la société* ».

Mais, à la réflexion, notre réponse sera moins catégorique. Souvenons-nous en effet que cette règle n'est pas d'ordre public, que si les plaideurs ne soulèvent pas l'exception tirée du défaut de qualité, il n'en est pas fait application (à la condition, toutefois, que le groupement ait une individualité suffisamment marquée pour que sa désignation échappe à toute ambiguïté, condition qui sera toujours réalisée dans notre cas). Rien ne s'opposera donc, si les parties y consentent tacitement, à ce que les représentants puissent poursuivre la procédure en défendant, au nom de la masse.

Cependant, nous pensons qu'ils ne pourraient le faire qu'à la condition d'avoir été mandatés à cet effet par l'assemblée générale, car poursuivre une procédure est chose plus grave que de recevoir simplement un acte d'ajournement. Il y a plus : le mandat donné par la majorité aux représentants pourra s'interpréter comme une renonciation à opposer la règle : « Nul ne plaide par procureur » dans leurs rapports avec les porteurs. Et pareille remarque pourra également s'appliquer à la société débitrice si la notification, qui doit lui être faite de la nomination des représentants, est suffisamment explicite à ce sujet.

#### COMPÉTENCE.

Jadis, la question de savoir quelle était la juridiction compétente pour régler les conflits entre porteurs de parts et actionnaires pouvait prêter à discussion, sa solution variant suivant le système adopté sur la nature juridique des titres.

Actuellement, la discussion est close. La part bénéficiaire est une créance, justiciable de la juridiction civile, chose déjà admise par les auteurs qui avaient adopté, avant la loi de 1929, la théorie du droit de créance (1).

(1) *Sic* LECOUTURIER, *op. cit.*, n° 294. Voir également : HUPIN, *op. cit.*, n° 469; Tr. civil Seine, 13 mars 1926, *Journal des Sociétés*, 1926, p. 436 (par *a contrario* :

Conformément aux règles ordinaires de procédure, les porteurs de parts, agissant contre la société par actions comme demandeurs, seront libres de choisir entre la juridiction civile et la juridiction commerciale ; pris comme défendeurs, ils ne pourront être soustraits à leur juridiction naturelle et devront être assignés, soit devant le Tribunal de paix, soit devant le Tribunal civil.

### Section V. — Champ d'application de la loi.

Une des questions les plus importantes soulevées par la loi nouvelle est celle de la délimitation de son champ d'application (1).

Par l'article premier, on peut se rendre compte qu'elle ne s'applique pas à toutes les variétés de parts bénéficiaires créées par la pratique commerciale. Nous aurons donc à déterminer les conditions de forme qu'elles doivent remplir pour tomber sous le coup de la loi.

Enfin, l'article 14 la déclare applicable à certaines parts existant avant sa promulgation : nous chercherons donc, en deuxième lieu, à préciser son champ d'application dans le temps.

#### A. — CONDITIONS RELATIVES A LA FORME DES PARTS BÉNÉFICIAIRES

Quelles sont les parts régies par la loi nouvelle ? On peut se le demander, car l'expression « part bénéficiaire » est susceptible de s'appliquer à tout avantage pécuniaire prélevé par les statuts sur la masse des bénéfices sociaux partageables, qu'il soit ou non constaté par un titre.

Ainsi, le fondateur ou l'apporteur qui entend conserver son avantage dans son patrimoine n'a que faire d'un titre (2) pourvu que les statuts de la société mentionnent le quantum de sa participation.

le Tribunal civil s'était déclaré incompétent, arguant de ce que les parts de fondateur conféraient à leurs porteurs des droits d'associés).

Comparer, sur une question de sociétés d'obligataires : Tr. com. Seine, 14 mai 1906, *Revue des Sociétés*, 1907, p. 67.

(1) Consulter à ce sujet : CORDONNIER, *op. cit.*, p. 265 ; RAULT, *le Quotidien juridique*, numéros des 3 et 4 juillet 1929.

(2) Bien entendu, nous ne voulons pas tenir compte, dans notre raisonnement, des avantages que présente au point de vue fiscal la création d'un titre au porteur.

La part bénéficiaire peut encore prendre la forme d'un titre cessible par les voies civiles seulement, ou d'un titre nominatif. Mais le plus souvent, elle prend la forme au porteur.

En un mot, l'expression « part bénéficiaire » ou « part de fondateur » désigne plutôt un principe qui peut se matérialiser sous plusieurs aspects bien différents les uns des autres.

Il ressort de l'article premier que notre loi ne lui est applicable que lorsqu'elle prend la forme d'un titre négociable. Il suffit, pour s'en convaincre, de lire les deux premiers paragraphes de cet article :

« Les sociétés commerciales par actions peuvent créer, attribuer et émettre, soit lors de leur constitution, soit ultérieurement, des *titres négociables*, sous le nom de « parts de fondateur » ou de « parts bénéficiaires ».

« Ces *titres*, qui sont en dehors du capital social, ne confèrent pas à leurs propriétaires la qualité d'associé... »

Or, dans la suite du texte, les expressions « titre » ou « titre négociable » ne reparaissent pas : celles de « part bénéficiaire » ou de « part de fondateur » sont seules employées. Devons-nous en déduire que le reste de la loi doit s'appliquer à toutes les parts sans distinction de forme ?

Non, sans doute aucun, cela signifie seulement que le législateur a voulu, très logiquement d'ailleurs, préciser, dans les deux premiers paragraphes de l'article premier, les caractères spécifiques de la part dont il entendait s'occuper. Il est raisonnable de penser qu'après avoir posé sa définition en tête de la loi, il a jugé inutile de la répéter tout le long de son texte.

En définitive, la part bénéficiaire, pour tomber sous l'empire de la loi nouvelle, doit remplir les deux conditions suivantes : tout d'abord, elle doit être constatée par un titre ; en second lieu, ce titre doit être négociable, ce qui restreint quelque peu le champ d'application de la loi du fait qu'elle n'autorise que les seules sociétés commerciales par actions à créer des parts sous la forme de titres négociables (art. 1<sup>er</sup>, § 1<sup>er</sup>).

#### B. — CHAMP D'APPLICATION DE LA LOI DANS LE TEMPS.

Le législateur a voulu que le champ d'application du nouveau régime fût vaste et pût, au besoin, englober toutes les parts (ou, tout

au moins, toutes celles satisfaisant aux conditions de forme précédemment étudiées).

C'est ce qu'il appert de l'article 14, ainsi rédigé :

« Les dispositions contenues aux articles 1<sup>er</sup> à 13 de la présente loi seront applicables :

« 1<sup>o</sup> A tous les propriétaires de parts de fondateur et de parts bénéficiaires créées avant la promulgation de cette loi, sauf dans le cas où les parts créées seraient déjà soumises à un mode de représentation collective vis-à-vis de la société émettrice. Mais les sociétés, associations ou groupements quelconques déjà constituées en vue d'assurer cette représentation collective pourront, à toute époque, en délibérant dans la forme prévue à leur acte constitutif, se soumettre aux dispositions de la présente loi, qui leur sera ensuite applicable dans son entier;

« 2<sup>o</sup> A tous les propriétaires de parts de fondateur et de parts bénéficiaires qui seront créées après la promulgation de la présente loi ».

On peut donc classer les parts bénéficiaires en trois catégories, suivant la manière dont elles tombent ou peuvent tomber sous l'empire de la loi de 1929 :

PREMIÈRE CATÉGORIE. — *Parts créées postérieurement à la promulgation de la loi.*

Aucune difficulté à ce sujet : c'est là son domaine normal. Contentons-nous de rappeler que l'organisation légale est obligatoire. Ce principe posé, on s'en souvient, par le paragraphe 6 de l'article premier est reproduit par l'article 14 qui déclare la loi applicable « à tous les propriétaires de parts... » qui seront créées après sa promulgation.

DEUXIÈME CATÉGORIE. — *Parts créées antérieurement à la promulgation de la loi, lorsqu'à cette époque elles n'étaient pas soumises à un mode de représentation collective vis-à-vis de la société émettrice.*

Est-ce dire, comme on l'a prétendu, que la loi possède un effet rétroactif, allant par là à l'encontre du principe posé par l'article 2 C. C. ?

Somme toute, quel est le but de cette disposition ? Soumettre les

parts existant au moment de la promulgation au régime légal, c'est-à-dire leur imposer, à compter de ce moment, la loi de majorité. A compter de la promulgation, disons-nous : la loi n'a aucune influence sur les faits passés. Dès lors, il ne peut être question pour elle d'un effet rétroactif, mais seulement d'un effet immédiat, ce qui n'est pas la même chose (1).

Vainement objecterait-on qu'en soumettant les parts créées avant sa promulgation au régime qu'elle institue, la loi nouvelle porte atteinte à une situation juridique établie. En réalité, ce n'est pas la constitution de la situation de propriétaire de parts qu'elle modifie, mais seulement certains des multiples effets que cette situation est susceptible de produire dans le temps. Jadis l'acquisition d'une part bénéficiaire laissait le porteur isolé devant la débitrice, maintenant, il est incorporé *ipso facto* dans une « masse » ; c'est là un nouvel effet, direct et immédiat, de la situation de propriétaire de parts. Comme les effets produits par une situation juridique sont nécessairement ceux que lui reconnaissent les lois en vigueur, nous sommes conduits à appliquer le régime de la loi nouvelle à tous les propriétaires de parts, que la création de leurs titres soit antérieure ou postérieure à la promulgation de la loi.

Ce n'est pas sur l'article 2 C. C. qu'il faut baser les critiques que l'on a justement adressées à l'article 14, mais sur l'article 1134, aux termes duquel la convention fait la loi des parties. Il est évident que l'article 14, en imposant la loi de majorité aux parts antérieurement créées, dépouille leurs propriétaires d'une partie importante des droits que leur avait reconnus le contrat primitif.

Il s'agit donc de délimiter notre deuxième catégorie avec soin. Pour cela, que faut-il entendre au juste par « mode de représentation

(1) Le premier seul est interdit par l'article 2 du Code civil. A ce sujet, consulter : ROUBIER, « Distinction de l'effet rétroactif et de l'effet immédiat de la loi » (*Rev. trim. de droit civil*, 1928, p. 579 et s.)

« La plupart des situations juridiques, dit cet auteur (p. 602), ont des effets étendus sur une certaine période de temps ; il faudra donc, pour savoir quelles sont les limites de la rétroactivité, distinguer les effets juridiques produits sous la première loi, qui ne peuvent être atteints sans qu'il y ait effet rétroactif, et les effets juridiques qui se produiront seulement après la mise en vigueur de la loi nouvelle, et qui seront déterminés par celle-ci, sans qu'il y ait autre chose qu'un effet immédiat. »

collective vis-à-vis de la société émettrice » ? Cette expression ne doit pas être prise dans son sens absolu ; le législateur a, sans aucun doute, voulu désigner par là les diverses formules empiriques qui, avant 1929, pouvaient grouper les porteurs de parts, que les groupements ainsi constitués aient prévu ou non l'existence d'un ou plusieurs représentants auprès de la société émettrice.

Le but de la loi, ne l'oublions pas, est d'imposer la loi de majorité aux porteurs de parts ; il est donc inutile de l'imposer à ceux qui y seraient déjà soumis. C'est dans cet esprit qu'il faut interpréter l'expression un peu lâche dont s'est servi le législateur, et c'est dire qu'il faut y faire rentrer tous les organismes qui, avant 1929, groupaient les porteurs en leur imposant le respect des décisions majoritaires.

Il va sans dire que, pour faire échec à l'application du régime légal aux parts créées avant la promulgation de la loi, il faut que les groupements de porteurs aient été régulièrement constitués (1).

TROISIÈME CATÉGORIE. — *Parts créées antérieurement à la promulgation de la loi, mais déjà soumises, à cette époque, à un mode de représentation collective.*

A cette catégorie, la loi n'est pas applicable, puisque les parts qu'elle comprend sont déjà soumises à la loi de majorité. Cependant, le législateur a accordé une option (que nous avons signalée au début de notre chapitre II) à leurs groupements qui « pourront, à toute époque, en délibérant dans la forme prévue à leur acte constitutif, se soumettre aux dispositions de la présente loi. »

Pour cette troisième catégorie de parts, l'application de la loi n'est donc que facultative et découle d'une simple manifestation de volonté de la part des porteurs.

Cette disposition soulève, toutefois, certaines questions que nous examinerons successivement:

(1) Si l'irrégularité consiste en un vice de forme susceptible d'entraîner la nullité du groupement, la preuve, certes, en sera commode à établir. Mais tous les cas ne sont pas aussi simples : les pouvoirs de la majorité ont-ils été assez nettement déterminés, les porteurs ont-ils bien eu pleine connaissance des statuts, etc ? Autant de facteurs dont l'appréciation est fort délicate.

A. — Tout d'abord, son application ne fait pas de difficultés lorsque les statuts du groupement accordent de larges pouvoirs à la majorité ; une délibération prise « dans la forme prévue à l'acte constitutif » sera suffisante pour parfaire la modification. Mais que décider en cas contraire, si les pouvoirs de la majorité sont limitativement énumérés ? S'ils se bornent aux actes d'administration ? Bref, si le fait de soumettre l'ensemble des porteurs au régime légal les dépasse manifestement ? L'unanimité devient-elle nécessaire ?

Sur ce point, les avis sont partagés : pour notre part, nous ne le croyons pas, car l'article 14 ne fait pas de distinction. En accordant l'option aux porteurs de parts, le législateur a eu le désir d'étendre le plus loin possible le champ d'application du régime légal qui, dans son esprit, constitue une formule supérieure aux anciennes. Or, il n'ignorait pas que les statuts des groupements antérieurs à 1929 ne sont pas tous taillés sur le même modèle, et que beaucoup, parmi eux, limitent assez rigoureusement les pouvoirs de la majorité.

Si donc l'article 14 ne fait pas de distinction, c'est qu'il n'était pas dans l'intention du législateur d'en faire une : autrement, il n'eût pas manqué de l'y introduire. D'ailleurs, il suffit, d'après l'article 14, que la délibération soit prise en se conformant aux règles de forme prévues par l'acte constitutif : il n'est pas question des règles de fond (1).

B. — D'autre part, les statuts des « sociétés civiles » font, parfois, partie du pacte social. Si les propriétaires de parts décident de se soumettre au régime de la loi, il sera nécessaire de modifier celui-ci ; or, l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires seule en est capable. Faudra-t-il subordonner, en conséquence, la validité de la décision des porteurs de parts à son acceptation par l'assemblée des actionnaires ?

Ici encore, nous croyons devoir répondre par la négative, et ceci pour les mêmes raisons que dessus.

Il ne peut appartenir à la société de faire échec au désir du législateur ; d'ailleurs, comme le fait fort justement remarquer M. COR-

(1) Certes, cette interprétation est peu respectueuse des conventions antérieurement passées. Mais l'article 14 lui-même ne pose-t-il pas le principe de l'effet immédiat de la loi ?

Consulter dans ce sens : CORDONNIER, *op. cit.*, p. 270 ; *contra* RAULT, *op. cit.*

DONNIER « la loi, si minutieuse dans la plupart de ses dispositions, n'aurait pas manqué, si elle l'avait ainsi entendu, de préciser qu'à la décision de la majorité des porteurs de parts devait s'ajouter celle de la majorité des actionnaires ».

C. — Enfin, l'article 14 précise que si les groupements déclarent se soumettre aux dispositions de la loi, celle-ci « leur sera applicable dans son entier ».

Le choix accordé par le législateur est donc limité ; il vise seulement le régime. Ou conserver le régime conventionnel instauré par l'acte constitutif, ou se soumettre au régime légal créé par la loi de 1929. Les pouvoirs spéciaux conférés par l'article 14 aux assemblées de porteurs de parts s'arrêtent là.

En résumé, l'article 14, 1<sup>o</sup>, accorde à l'organe délibérant des groupements de porteurs constitués avant la promulgation de la loi un pouvoir exceptionnel, mais limité, échappant aux règles ordinaires pour des raisons de commodité, pouvoir qu'il est libre d'accepter ou de refuser, mais qu'il épuise par le premier usage.

---



## CHAPITRE IV

### L'ŒUVRE DU LÉGISLATEUR DE 1929

Il nous reste, pour achever cette étude, à apprécier l'œuvre du législateur. Rappelons pour cela les desiderata auxquels elle devait répondre : en terminant notre chapitre consacré à l'examen des formules empiriques de groupement, nous avons cité un passage d'une note de M. ESCARRA qui résumait parfaitement les deux points de la réforme demandée au Pouvoir législatif : « Donner une base juridique à la formule française en y voyant une association... définir dans un texte comparable à l'article 31 actuel de la loi de 1867 les pouvoirs des assemblées et les conditions de quorum et de majorité nécessaires pour chaque résolution... » Rapprochons de ceci la loi de 1929, maintenant que nous en connaissons l'économie, et voyons si elle répond à notre attente.

#### **Section Première. — Base juridique du groupement des porteurs de part.**

Sans revenir sur nos explications antérieures, retraçons rapidement les grands traits du groupement organisé par le législateur. Les porteurs de parts sont groupés en « masse », chaque masse ne comprenant que des titres pourvus de droits égaux. Ce qu'est cette « masse », nous le savons déjà. C'est une simple expression juridique pour désigner commodément l'ensemble des porteurs de droits égaux, de même que l'on entend par « masse de la faillite » l'ensemble des créanciers chirographaires du failli. Sa seule utilité est de classer les porteurs suivant l'étendue de leurs droits, de façon que le total des titres de chaque catégorie puisse être connu, chose indispensable pour permettre le calcul du quorum des assemblées générales.

Ce n'est donc qu'une simple précision de terminologie qui, d'ailleurs, n'a trouvé sa place dans le texte de la loi que lorsque la Commission sénatoriale introduisit dans la proposition CHASTENET la classification des porteurs en catégories et l'obligation pour chacune d'elles de tenir une assemblée particulière.

Chaque masse peut, au moment opportun, tenir une assemblée générale qui prend, en se conformant aux prescriptions de la loi, des décisions opposables à tous les porteurs. Ces assemblées n'ont qu'un but : assurer le jeu de la loi de majorité (1), envisagée elle-même comme une atteinte nécessaire à la liberté des droits des porteurs.

Toute la définition de la loi tient dans ces quelques lignes.

Une première chose surprend tout d'abord : ce groupement ne correspond à aucun type antérieurement utilisé. Ce n'est ni une société, ni une association... Le législateur a pris soin de nous prévenir qu'il rejetait ces dernières formules dont il a considéré l'application comme inutile (2), reniant ainsi catégoriquement les longs errements et les laborieux efforts de la pratique et de la jurisprudence. Sans doute celles-ci n'étaient-elles pas libres dans leurs agissements ; sans doute, obligées d'emprunter à des formules déjà éprouvées, leur choix était-il peut-être guidé avant tout par des considérations de commodité et d'utilité plutôt que par de véritables raisons juridiques. Cependant, il est surprenant que tout ce mouvement d'idées, vieux d'un demi-siècle, soit parti d'une base juridique complètement fausse, et c'est pourtant ce que dit le législateur lorsqu'il rejette ses travaux en bloc, et sans explications.

Le groupement décrit par la loi de 1929 est *légal*, il trouve sa source et son statut dans la loi. En cela il s'oppose aux formules de la pratique basées sur l'échange du consentement des intéressés. Evidemment, c'est un système, mais le législateur a-t-il eu raison de le préférer ? A-t-il été heureux dans son choix ?

Tout d'abord, il est indiscutable qu'un premier point est à son avantage. Examinant précédemment les formules de groupement antérieures à la loi de 1929, nous étions parvenus à la conclusion suivante : étant conventionnelles, ces unions de porteurs, sociétés

(1) « La loi de majorité s'imposera dans chaque masse et c'est là le but poursuivi » (rapport COIGNET, 1923, sous l'article premier).

(2) Rapport COIGNET, 1922, titre I.

civiles ou associations, réclamaient obligatoirement pour leur constitution l'intervention d'une initiative. Venant le plus souvent de la société débitrice, cette initiative était suspecte et faisait dégénérer le contrat d'union en contrat d'adhésion. S'en remettait-on à l'initiative des porteurs ? Certes, il était fréquent de voir quelques-uns de ceux-ci se dévouer à la cause commune et tenter cette union, mais il était rare par contre qu'ils fussent soutenus par tous et que tous répondissent à leur appel. La seule solution, avions-nous dit, était de rendre le groupement légalement obligatoire.

Le système de 1929 répond parfaitement à ce desideratum : il s'applique en effet automatiquement aux porteurs, sans nécessiter la moindre initiative de leur part, ni la moindre intrusion de la société débitrice. Reportons-nous au paragraphe 6 de l'article premier : « Nonobstant toute stipulation contraire, les propriétaires de parts d'une même masse peuvent être réunis en assemblée générale, à toute époque... ». Suivant le point de vue duquel on l'envisage, cette disposition peut se comprendre de deux manières. Le droit d'être réunis en assemblée générale, pour éventuel qu'en soit son application, est devenu un des droits ordinaires attachés aux parts bénéficiaires, un droit auquel personne ne saurait valablement toucher. Mais c'est aussi pour les porteurs une obligation dont personne ne pourrait également les relever. Et cette obligation étant mise à la charge du propriétaire du titre par le législateur, ils ne seraient pas admis à arguer de leur ignorance de la loi pour s'y soustraire.

Le groupement obligatoire, c'est-à-dire l'obligation de se soumettre aux dispositions de la loi de 1929, fait maintenant partie du régime normal de la part de fondateur, c'est une charge qui lui est imposée au même titre, par exemple, que l'interdiction de s'immiscer dans la marche des affaires sociales (1).

D'autre part, en même temps que le principe de leur réunion éventuelle, l'organisation des assemblées générales est elle-même devenue légalement obligatoire. Si notre groupement trouve sa source dans la loi, il doit également y chercher son statut.

A première vue, cette conséquence semble heureuse, et l'est effectivement sur un point. Elle écarte définitivement la société débitrice du fonctionnement des assemblées. L'ère des statuts rédigés par elle

(1) Voir *supra*, p. 66 à 67.

à l'intention des porteurs est close. Mais il n'y a pas lieu de s'en réjouir, car le moyen que le législateur a employé pour parvenir à ce résultat dépasse le but : l'organisation légale écarte bien la société, mais elle écarte également les porteurs de parts. Le premier résultat est certes excellent, mais le second est néfaste.

Désormais, les porteurs n'auront plus recours à l'initiative ou à l'aide souvent intéressée de leur débitrice, mais ils devront chercher dans les dispositions de la loi nouvelle le statut intégral de leur assemblée. L'œuvre du législateur était donc lourde et, malgré un certain luxe de détails (1), il n'a pas réussi.

Hormis les dispositions, d'ailleurs fort importantes, touchant les conditions de quorum et de majorité, et quelques autres, assez incomplètes, visant la tenue des assemblées générales, l'organisation prévue par la loi est insuffisante faute d'avoir réglé une foule de petits détails qui sont cependant d'une grande importance pour le bon fonctionnement des assemblées. On peut facilement en juger en prenant exemple sur les sociétés par actions. La loi de 1867 trace leur cadre général, mais elle laisse le soin aux cocontractants de régler conventionnellement ces multiples détails et l'importance que prennent les statuts est la preuve que les associés ne se font pas faute d'user de cette liberté.

Nous ne pouvons songer à énumérer ici toutes les lacunes de la loi de 1929 sur ce point. En expliquant son texte, nous avons signalé celles qui nous sont venues à l'esprit, mais l'expérience en dévoilera bien d'autres sans aucun doute. Les principales que nous ayons relevées ont trait à la tenue des assemblées générales et à sa liaison avec la société débitrice (nécessité d'un représentant de la société pour signifier aux porteurs, d'une façon plus détaillée que l'ordre du jour, les questions qu'ils ont à discuter ; nécessité d'un rapport des représentants de la masse chargés d'une mission générale de surveillance ; nécessité de faire connaître au président de l'assemblée générale la liste des titres en la possession de la société...), à l'organisation de la représentation de la masse (reddition de comptes des représentants...) et à l'exercice des actions judiciaires (contre la masse elle-même et ses représentants notamment).

(1) Luxe fort apparent si on compare notre loi à celle de 1867 pour la tenue des assemblées.

Ainsi la formule du législateur conduit certes à des avantages incontestables, mais qu'une autre formule, faisant de l'union des porteurs un contrat, n'exclut pas nécessairement ; il suffirait pour cela de rendre la passation de ce contrat obligatoire. Par contre, elle conduit à des inconvénients qui lui sont propres et que la formule conventionnelle écartée par lui permettrait facilement d'éviter.

Ayant dégagé le caractère uniquement « légal » de l'organisation des porteurs, nous devons maintenant nous demander quelle est sa nature juridique. La « masse » constitue-t-elle une personne morale ? Ce que nous en avons déjà dit ne nous permet pas de douter de la négative qui s'induit jusqu'à l'évidence des travaux préparatoires, et aussi du texte de la loi (1).

Les premiers principalement ne permettent aucun doute. Le législateur a expressément refusé d'organiser les porteurs sous la forme d'une société ou d'une association. Evidemment, il n'est pas prouvé par là qu'il ait refusé la personnalité morale à leur groupement. Mais en agissant ainsi, il a bien spécifié qu'à ses yeux il suffisait « de mettre en action la loi d'une majorité ». C'est là toute sa conception sur laquelle nous avons déjà insisté. L'expression même de « masse » et le rapprochement avec la masse d'une faillite en font preuve également.

Le texte de la loi de 1929 est d'ailleurs l'expression exacte de cette conception. Nous y voyons prescrire toutes les règles nécessaires à assurer le jeu de la loi de majorité, édicter toutes les conditions qui ont paru susceptibles de sauvegarder les porteurs contre une majorité factice ou insuffisante ; mais, par contre, il évite soigneusement tout ce qui pourrait nous faire croire à l'existence d'un être distinct de celui des porteurs, d'une « masse » personne morale, trouvant dans les décisions majoritaires l'expression de sa volonté.

C'est ainsi que la masse n'a pas de siège propre, son assemblée empruntera les locaux de la société débitrice ; pas de capital, les frais de convocation et de tenue des assemblées seront à la charge de cette dernière ; l'assemblée générale n'est pas convoquée par les représentants des porteurs, mais le sera par ceux-ci ou par la société ; c'est ainsi également que l'investiture des représentants doit être

(1) Sic GAIN, *Commentaire de la loi du 23 janvier 1929*, D. P., 1929, IV, 49 ; *contra* CORDONNIER (*Journal des Sociétés*, 1929, p. 321).

complétée par une notification de leur nomination à la société...

Donc, nul doute, le législateur n'a voulu voir dans la masse qu'un mot et dans l'assemblée générale qu'un fait, une réunion de créanciers comme on en voit plusieurs exemples dans notre droit (réunion des créanciers en cas de faillite, de liquidation judiciaire, de distribution par contribution ou par ordre...). Chacune de ces réunions, ayant un but qui lui est propre et qui est de remédier à une situation exceptionnelle survenant dans les rapports de créanciers à débiteur, a des caractères particuliers et obéit à des règles énumérées dans une loi spéciale. De même, les conflits auxquels peut donner lieu les rapports entre porteurs de parts et actionnaires seront à leur tour réglés par une réunion des porteurs obéissant aux prescriptions de la loi récente. Point n'est besoin pour cela de faire appel à un moment quelconque de la procédure à la théorie de la personnalité morale (1).

Cette conception n'est pas heureuse. Il faut voir dans la « masse » des porteurs autre chose qu'une simple réunion, qu'un simple fait auquel la loi veut bien attacher quelques conséquences. Il faut y voir une véritable personne morale (2).

Pour affirmer le contraire, on la compare à la masse de la faillite. Cette comparaison ne se soutient pas et, tout en démontrant son caractère superficiel, nous espérons prouver le bien-fondé de notre thèse.

Il y a entre les deux masses de grandes différences de fond. Nous ne nous arrêtons pas aux différences de forme dont la constatation facile ne prouverait rien, à notre sens, car il est naturel que la forme des réunions de créanciers prévues pour remédier à des circonstances exceptionnelles varie quelque peu, ne serait-ce que pour leur permettre de mieux s'appliquer au problème qu'elles sont

(1) Avant la réunion de la première assemblée, qui peut se faire attendre si les événements n'y poussent la société débitrice, l'ensemble des porteurs, la masse restent inorganisés : ce n'est que lors de cette première réunion qu'ils pourront nommer des représentants, le seul organisme permanent prévu par la loi, et fixer l'étendue de leurs pouvoirs. Donc, pendant un certain temps, la masse du législateur n'existe que virtuellement. Elle ne devient une réalité que sous la pression des faits exceptionnels qui peuvent surgir dans les rapports de ses membres avec la société : c'est bien là la conception législative.

(2) Tel est l'avis de la Société d'Études législatives (Voir *Bull.* de ladite Société, 1926, p. 47 et 130.)

individuellement chargées de résoudre. Tenons-nous en donc seulement aux différences de fond qui sont de beaucoup les plus importantes.

La masse de la faillite réunit de nombreux individus dont les créances ont des causes diverses et sont affectées de modalités variables ; leurs intérêts sont loin d'être analogues ; ce sont, par exemple, les banquiers du failli, ses fournisseurs, parfois ses ouvriers... La masse des porteurs ne connaît au contraire qu'un seul type de créance ; les titres qu'elle groupe sont rigoureusement interchangeables. Tel porteur a deux fois, trois fois, dix fois plus de droits que son voisin — encore n'envisageons-nous que le droit au dividende, seul susceptible d'une mensuration — suivant qu'il a deux fois, trois fois, dix fois plus de titres que lui. Mais leurs droits sont semblables. Les créances de tous les porteurs peuvent ainsi être mathématiquement additionnées et leur total formera la créance de la masse, en tous points, hormis l'importance numérique, semblable à celle de tel de ses membres pris isolément. L'unité des droits et sa conséquence, l'unité d'intérêt, signes spécifiques de la masse des porteurs, l'opposent indiscutablement à la masse des créanciers du failli dont les droits sont disparates (1).

D'autre part, la vie de la masse de la faillite est de courte durée. Elle trouve sa cause, elle prend naissance dans un événement imprévu qui ouvre une période de crise d'où tous ont intérêt à sortir le plus rapidement possible. Par ailleurs, elle se forme au moment du prononcé du jugement déclaratif, et seulement à ce moment-là ; avant lui, les créanciers sont entièrement libres d'user de leur droit de poursuite individuelle suivant les modalités qui affectent leur créance, ils peuvent et doivent agir suivant le droit commun. Enfin, la masse de la faillite prend fin assez rapidement ; sitôt le problème résolu, ses membres se dispersent et ne se reverront jamais, du moins pour la même cause.

Rien de semblable durant l'existence de la masse des porteurs de parts. Que l'on n'objecte pas que leur réunion n'est nécessaire et ne présente quelque utilité que lorsqu'un fait précis (dissolution anticipée de la société...) ou une tension survenant dans leurs

(1) Sur l'unité de dettes, voir DOLBEAU, *Bull. de la Société d'Études législatives*, 1925, p. 40 ; VOIRIN, *op. cit.*, p. 121.

rapports avec leur débitrice (réserves extraordinaires antistatutaires ou exagérées...) la réclame, tout comme la cessation des paiements d'un commerçant nécessite l'organisation momentanée de ses créanciers ; ce fait, cette tension ne sont pas la cause mais l'occasion qui permet à la masse des porteurs d'affirmer leur solidarité basée sur l'unité de leurs intérêts. Aucun jugement déclaratif, aucune décision judiciaire ne sont nécessaires pour lui donner le jour : elle pré-existe à tous les événements, à toutes les circonstances qui nécessiteront sa formation en assemblée délibérante. D'ailleurs, la dissolution d'une assemblée générale n'a aucun effet sur l'existence de la masse ; une autre assemblée est possible dans n'importe quel délai pour trancher toute question nouvelle. Et ainsi de suite jusqu'à la disparition de la masse qui se produit, non pas au moment de la disparition des parts bénéficiaires, mais au moment de la disparition des intérêts communs des porteurs (1).

Enfin, est-il possible de faire abstraction des efforts de la pratique et de la jurisprudence, principalement durant ces dernières années, pour assurer aux porteurs une protection stable ? Si une réunion momentanée était suffisante, qui les poussait donc à plier à leurs besoins le concept de la société ou de l'association ? Qu'est-ce qui caractérise l'association, *lato sensu*, de la réunion, si ce n'est précisément la permanence des efforts et la permanence du but ?

Tout ceci est largement suffisant pour prouver l'existence dans la masse des porteurs d'un intérêt collectif permanent prenant naissance avec elle et durant aussi longtemps qu'elle.

Spontanéité du groupement, permanence d'un intérêt collectif, telles sont les caractéristiques de la masse.

Ajoutons à cela, surtout depuis la loi récente, la possibilité d'extérioriser, dans une assemblée organisée à cet effet, la volonté commune, et nous aurons en main les éléments suffisants pour la hausser à la dignité de personne morale, malgré la conception contraire du législateur dont la volonté omnipotente peut bien se permettre toutes

(1) Au cas de dissolution anticipée pour autre cause que la perte du quart du capital social, si l'assemblée générale des porteurs ne l'a pas approuvée, la masse survit, pour l'exercice de l'action collective en dommages-intérêts, à la disparition des parts bénéficiaires dont l'existence cesse avec celle de la société émettrice,

les fantaisies, mais est cependant incapable de faire disparaître complètement les données de l'expérience (1).

Le législateur a eu tort de se refuser à utiliser la notion de personnalité morale. Sans doute a-t-il été entraîné par l'exemple des unions de porteurs qu'il avait sous les yeux et qui, nous l'avons vu précédemment, pouvaient s'en passer jusqu'à un certain point. Mais c'est qu'alors la situation était différente. Leur base juridique était contractuelle ; les parties, à charge de respecter le cadre général de la loi de 1901, pouvaient régir leurs rapports à leur convenance et prévoir dans les statuts qu'elles rédigeaient de multiples détails auxquels il est facile de comprendre que le législateur doit rester étranger. Il y a plus : il pouvait même, le cas échéant, être suppléé au silence de ces statuts par interprétation de la volonté des intéressés. Cette volonté était évidente : pour les porteurs, soumettre leur union à un régime collectif calqué sur celui de la société par actions ; pour la société émettrice, profiter de ce régime pour traiter avec un représentant substitué à la foule de ses créanciers. Ainsi la souplesse de la formule conventionnelle lui permettait-elle, grâce à la complicité de tous et en particulier de la jurisprudence, de s'adapter aux réalités malgré l'absence de personnalité morale.

Maintenant, il n'en est plus ainsi ; depuis le groupement « légal », il ne s'agit plus d'interpréter la volonté des intéressés, mais d'appliquer la loi.

Or, celle-ci est insuffisante, et son insuffisance provient non seulement des lacunes de son texte, mais aussi, et surtout, de l'absence d'un principe qui la domine. Idée générale, vue d'ensemble sur le problème, principe directeur auquel on puisse rattacher ses dispositions comme autant de déductions et tirer au besoin des conséquences nouvelles, ont été inconnus du législateur. On l'a fort justement fait remarquer

(1) Il convient de remarquer que, pour refuser la personnalité morale à la masse des porteurs de parts, la comparaison avec la masse de la faillite est plutôt un argument malheureux. Bien que les détails d'organisation de la faillite, aient été poussés très loin par le législateur, les juristes n'en ont pas moins été obligés de faire appel à la notion de personnalité morale, soit pour expliquer certains des effets de la masse, soit pour les étendre dans un sens favorable aux parties (voir : GOMBÉAUX, *Annales de droit commercial*, 1907, p. 417 ; MAZEAUD, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1926, p. 126). A plus forte raison doit-il en être de même pour la masse des porteurs,

à propos du projet de 1903 dont les auteurs « semblent avoir éprouvé une répulsion instinctive pour tout ce qui est théorique (1) ».

La loi de 1929 est, en définitive, une série d'exceptions au droit commun ou d'atteintes à des principes admis, atteinte à la liberté des droits des porteurs, exception aux règles du mandat, à l'adage « nul ne plaide par procureur » ; chacune d'elles étant destinée à faire face à un aspect particulier du problème de l'union des porteurs de parts, tel que ce problème s'est révélé dans la pratique (2). Mais ces exceptions, par leur nature même, sont d'interprétation stricte et ainsi la formule légale, contrairement à la formule conventionnelle, met obstacle à son propre développement.

Point n'était besoin de toutes ces exceptions et c'est pourquoi nous disons que le législateur a eu tort de repousser la notion de personnalité morale, car elle pouvait à elle seule servir de base à toutes les solutions pour lesquelles il s'est vu contraint d'édicter autant d'exceptions au droit commun.

Et quand nous disons que le législateur l'a repoussée, nous faisons allusion à son intention, car il est facile de montrer qu'en fait, il s'est laissé influencer par elle. Tout, dans notre loi, se passe comme si la masse jouissait de la personnalité morale. Nous sommes même enclins à croire que les rédacteurs de la proposition n'ont pu concevoir l'organisation de leur groupement qu'en se référant inconsciemment à un groupement doué de la personnalité.

Ainsi prenons l'article 11. Sans parler de l'étrange allure des mandataires imposés par une majorité minime à la totalité des porteurs (3) comment expliquer que ceux de ces derniers qui constituent cette majorité puissent transmettre à leurs mandataires plus de droits qu'ils n'en ont eux-mêmes ? Car les représentants des porteurs ont plus de droits que leurs mandants puisqu'ils bénéficient de divers droits de contrôle qui ne sont pas accordés aux premiers. Tandis que si nous reconnaissons la personnalité à la masse, elle pourra posséder des intérêts collectifs distincts de la somme des intérêts de ses membres et rien ne s'opposera à ce qu'elle transmette à ses représen-

(1) PRESTAT, *Des assemblées d'obligataires* (Thèse, Paris 1906, p. 180).

(2) L'article 13 lui-même n'a qu'une portée limitée : il est né du désir d'éviter à la société les actions individuelles insuffisamment motivées (*supra*, p. 110).

(3) Voir ch. III, p. 107.

tants les droits qui les sanctionnent, s'ils sont reconnus par la loi (1).

De même pour l'article 13 qui peut s'interpréter comme impliquant l'abandon des actions individuelles contre la société lorsqu'elles sanctionnent des droits communs à tous. Cet abandon doit être fait à quelqu'un, sinon les droits abandonnés ne pourraient être exercés par personne. C'est donc que la masse, en faveur de qui il est fait, est capable d'en profiter et d'en user. C'est donc qu'elle est capable d'ester en justice.

Toute la loi de 1929 peut s'interpréter à la lumière de la théorie de la personnalité morale, et l'interprétation qui peut en être ainsi faite aura, sur celle que nous avons été obligés de faire sous le contrôle constant de l'interprétation restrictive, la supériorité de ne faire appel à aucune dérogation au droit commun et de ne pas mettre obstacle à son propre développement dans le sens favorable aux parties.

Devant ces deux interprétations, quelle sera celle adoptée demain ? Le doute n'est pas possible. Nous sommes certains que nos juridictions, avec leur hardiesse habituelle, sauront faire abstraction des conceptions surannées du législateur, des travaux préparatoires, sauront fermer les yeux sur les lacunes de son texte et adopter l'interprétation libérale.

Ce n'est pas que celle-ci offre pour l'instant de gros avantages pratiques (2), le législateur ayant pris soin de résoudre les problèmes

(1) L'examen de l'exposé des motifs est intéressant à ce point de vue. Les deux conceptions y sont confondues.

Le paragraphe 4 du titre II nous dit que l'assemblée générale peut nommer des représentants « pour faciliter la représentation des porteurs de parts dans leurs relations avec la société et l'exercice de leurs droits » : c'est la conception légale.

Mais dans le paragraphe 4 du titre I, on peut relever la phrase suivante qui est inconciliable avec elle : « L'assemblée peut donner à son ou ses représentants le pouvoir de faire tout ce que pourrait faire individuellement chaque obligataire, mais nous lui permettons en outre de lui conférer certains pouvoirs spéciaux » (suit l'énumération des prérogatives reconnues aux représentants).

(2) Sauf pour l'exercice des actions judiciaires qui seront grandement facilitées. Les mandataires nommés à cet effet par l'assemblée pourront représenter la masse tant en demandant qu'en défendant. De plus, toutes les actions sanctionnant un intérêt collectif, l'action *mandati* par exemple, pourront être exercées par un représentant de la masse et en son nom, sans qu'il y ait lieu de s'occuper si elles sont, ou non, dirigées contre la société (voir *supra*, p. 114 et s.).

auxquels donnait lieu l'emploi actuel de la part bénéficiaire. Il suffira donc pour l'instant d'appliquer mécaniquement le texte de la loi. Mais c'est plus tard, lorsque les parts bénéficiaires et leurs groupements auront évolué, car il est naturel que toute institution évolue, que l'interprétation libérale, par ses possibilités d'extension, deviendra intéressante pour la solution des nouvelles questions qui se poseront alors et que le législateur, qui a écrit sa loi dans la contemplation du passé, ne pouvait prévoir.

Pour nous résumer, le législateur a fait faillite sur le premier point de la réforme qui lui était demandée. La base juridique qu'il a donnée aux groupements de porteurs est insuffisante.

Certes, certaines de ces conséquences sont dignes d'intérêt : c'est le caractère obligatoire du groupement et le fait d'avoir évincé définitivement la société débitrice de la fixation du mode de fonctionnement des assemblées générales, points capitaux qui sont heureusement résolus.

Mais à côté de cela, deux gros inconvénients. D'abord le caractère uniquement légal du groupement qui, dans l'esprit du législateur, doit pouvoir se passer du jeu des volontés individuelles, caractère d'autant plus regrettable que la loi contient de nombreuses lacunes. Enfin l'absence de personnalité morale — à laquelle il sera facile à la jurisprudence de remédier — qui fait de notre texte une loi sans avenir.

## **Section II. — Définition des pouvoirs de l'assemblée et des conditions de validité de ses délibérations.**

On se souvient que c'était là le deuxième point de la réforme législative à intervenir.

La fixation des conditions obligatoires de quorum et de majorité constitue la partie de la loi la plus intéressante et la plus utile, à condition de les considérer seulement en elles-mêmes.

Le quorum dégressif — encore que son point de départ soit trop élevé à notre avis, et que, partant, deux assemblées eussent pu suffire — et la majorité des deux tiers exigés par la loi sont des conditions excellentes et fort propres à assurer la protection des por-

teurs contre toute tentative de mainmise sur la majorité, venant de la société débitrice.

De même, si nous envisageons les pouvoirs de l'assemblée : ils n'ont rien d'exagéré et peuvent fort bien se comprendre, hormis ceux de l'article 9 qui sont incompréhensibles (1).

Mais si nous assemblons les diverses dispositions de la loi, notre appréciation change du tout au tout. Les pouvoirs aussi étendus que possible dont bénéficie l'assemblée deviennent redoutables pour les porteurs si nous les mettons en présence, d'une part, du quorum dégressif qui permet le vote de toute modification par les deux neuvièmes de la masse seulement, et, d'autre part, de l'insuffisance du système de convocation.

Pour que les conditions exigées des délibérations de l'assemblée puissent protéger les porteurs, il faudrait que celle-ci soit à tout moment la représentation exacte des désirs et des idées de la masse ; ce qui supposerait un système de convocation sinon parfait, du moins suffisant pour drainer dans cette masse tout ce qu'il peut y avoir de porteurs agissants et intéressés par les questions portées à l'ordre du jour. Nous savons, et le législateur également le savait, que le système adopté par la loi récente pour la convocation ne permettra pas d'atteindre ce résultat (2).

Dès lors, toutes les conditions prises pour la protection des porteurs tombent d'elles-mêmes et ne peuvent servir de rien. Inévitablement, la société mettra la main sur une majorité, qui ne constitue en fait qu'une infime minorité, grâce à des porteurs à sa dévotion (3). Le législateur, il est vrai, a bien prévu le cas et édicté des peines sévères contre le délit de création de majorité factice (art. 12). Mais c'est là un pauvre moyen en vérité, et dont l'importance ne quittera jamais le domaine des exposés théoriques.

Il y a là un gros danger pour les porteurs de parts. Personne ne

(1) L'art. 9 avait été supprimé du texte discuté par la Société d'études législatives, Voir le *Bulletin*, 1926, p. 165.

(2) Voir *supra*, p. 75, note 1.

(3) D'ailleurs les actionnaires et les administrateurs de la société émettrice sont souvent propriétaires de parts, et, comme tels, ont droit de vote à l'assemblée générale de la masse à laquelle ils appartiennent, ce qui est regrettable parce qu'ils ont des intérêts opposés à ceux des porteurs (consulter GAIN, *op. cit.*, p. 52, § 2).

peut s'illusionner à ce sujet. La loi récente est une menace pour eux ; son apparition à une époque où la jurisprudence combat par tous les moyens les décisions des « sociétés civiles » à la dévotion de la débitrice a causé une certaine stupéfaction et la presse spécialisée s'en est émue avec juste raison.

Le législateur a donc méconnu le double aspect du problème du groupement des parts. Il a bien songé à favoriser la société (1) — l'article 10, § 2 qui lui permet de valablement se dissoudre avant le terme statutaire et d'anéantir les droits des porteurs, au cas de perte du quart seulement du capital social, en est un exemple frappant — mais il semble avoir un peu oublié les porteurs.

Telle qu'elle l'organise, la loi fait de l'assemblée une sorte d'organisme annexe de la société par actions, destinée surtout à faciliter ses affaires par une série de concordats partiels et spéciaux.

Cependant, tout, dans le principe de la loi, n'est pas sans danger pour la société. D'une façon générale, le risque que comporte pour elle une formule quelconque d'organisation des porteurs est que ceux-ci, prenant conscience de leur force, ne cherchent à en user contre elle en refusant systématiquement les réformes demandées (2). M. DECUGIS va même jusqu'à déconseiller la formation de sociétés civiles de porteurs parce que trop faciles à se transformer en organes d'attaque contre la société (3).

Il y a beaucoup de vrai dans cette remarque, mais il est bon de la réduire à sa juste valeur. A moins d'être animés par un esprit de méchanceté dont nous ne voyons pas la cause, pourquoi les porteurs refuseraient-ils d'accepter une mesure si elle est vraiment dictée dans leur intérêt ? Sinon, si la société n'a eu en vue que le sien propre, n'est-il pas juste qu'ils la repoussent ?

(1) L'exposé des motifs (titre II, § 2, 1<sup>o</sup>) n'envisage l'utilité des assemblées générales que du seul point de vue de la société émettrice.

En fait, l'organisation légale est toute en sa faveur : c'est elle qui, normalement, convoque l'assemblée ; si la convocation est réclamée par les porteurs, elle peut les contraindre, après un mois d'attente, à recourir à une autorisation judiciaire ; la publicité de convocation est faite uniquement au lieu du siège social ; la nomination des représentants la favorise autant que ses porteurs ; l'article 13 a pour but de lui « éviter les actions individuelles insuffisamment justifiées, etc.

(2) LECOUTURIER, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 287.

(3) DECUGIS, *Traité des sociétés par actions* (3<sup>e</sup> édit.), n<sup>o</sup> 75.

Une seule modification du régime des parts bénéficiaires pourrait se heurter à leur refus catégorique, refus dont les conséquences seraient graves pour les actionnaires. C'est la dissolution anticipée. Mais nous avons vu que la jurisprudence, consacrée par la loi nouvelle, permet aux actionnaires de dissoudre leur société lorsque le besoin s'en fait réellement sentir.

Le groupement des porteurs contient une double menace correspondant à ses deux aspects : menace de la société contre les porteurs et menace de ceux-ci contre elle. Mais tel qu'il est organisé par la loi de 1929, tout le danger est pour les porteurs.

En résumé, l'œuvre du législateur, sur le deuxième point de la réforme, serait plus heureuse, hormis toutefois l'article 9 et le premier paragraphe de l'article 10, le premier dangereux pour la société, le second pour les porteurs. Les principes qu'il pose et rend obligatoires pour le fonctionnement du groupement des porteurs sont bons.

Mais leur application n'est pas à l'abri des critiques de ces derniers, du seul fait de l'insuffisance du système de convocation.

### Section III. — Conclusion.

L'œuvre du législateur est donc incomplète. Malgré les leçons de l'expérience, malgré les sollicitations et les avis autorisés, il a voulu écarter à la fois la formule conventionnelle et la théorie de la personnalité morale.

Du point de vue général du droit des collectivités, elle se rattache mal à l'évolution que nous y avons constatée.

Sans doute, le groupement des porteurs de parts, comme celui des obligataires dans certains cas, présente-t-il un caractère un peu spécial : celui d'être un groupement accessoire vis-à-vis d'un groupement plus vaste qui est la société débitrice. Cependant, ce caractère accessoire, qui semble être la cause première de la conception du législateur de 1929, ne doit pas faire échec à ses autres caractères que nous avons précédemment dégagés : la spontanéité et surtout la permanence et l'unité d'intérêt.

Si le législateur répugnait à l'idée d'en faire soit une société, soit une association, qui sont les deux seules formes générales de collectivité connues de notre droit depuis la loi de 1901, que n'a-t-il poursuivi sa politique antérieure et achevé de régler par des lois

d'espèce cette catégorie des groupements à caractère économique dont la nature, un peu incertaine, ne se plie ni au concept de la société en droit, ni à celui de l'association en fait, et dans laquelle il faut ranger les unions de porteurs de parts ou d'obligataires ? Que n'a-t-il, à la suite des multiples lois de 1867, 1884, 1898, 1915, 1917... accordé à notre groupement un statut spécial, en attendant de faire de même pour les sociétés d'obligataires, au lieu de les placer en marge de cette évolution ? Par sa conception rétrograde, la loi nouvelle va y créer une solution de continuité.

Du point de vue plus restreint de la réglementation des unions de porteurs de parts, l'œuvre du législateur présente de nombreuses lacunes qui, heureusement si l'on peut dire, proviennent de son absence de principe, ce qui permettra à la jurisprudence et à la pratique de la compléter en lui en trouvant un.

La jurisprudence : nous avons déjà indiqué le rôle important qu'elle pourra jouer en interprétant largement le texte de la loi et en y voyant la possibilité d'accorder aux groupements de porteurs la personnalité morale qui leur fait défaut.

Mais c'est surtout aux praticiens que doit revenir le rôle principal ; eux seuls peuvent pleinement combler l'insuffisance de la loi en remplaçant notre groupement dans son véritable milieu ; celui de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901.

Ceci soulève plusieurs questions qu'il faut examiner. Tout d'abord, la loi nouvelle ne s'y oppose-t-elle pas ? Il est certain que dans l'esprit du législateur, le groupement qu'il a octroyé aux porteurs est suffisant ; n'a-t-il pas explicitement rejeté les notions d'association et de société ? Mais si l'esprit de la loi répugne évidemment à son incorporation dans les statuts d'une association de porteurs, son texte ne s'y oppose pas, et c'est l'essentiel.

Serait-elle donc inutile puisque nous conseillons à la pratique de poursuivre sur ses derniers errements ? Non, loin de là, au contraire, elle a fait faire à la question un grand pas en avant en définissant et en rendant obligatoires pour tous les pouvoirs de l'assemblée générale et ses principales conditions de délibération. Nous réclamions au législateur un texte semblable à celui de l'article 31 (nouveau) de la loi de 1867 ; il nous l'a donné ; c'est toute la loi nouvelle. Seule l'application en a été rendue défectueuse par sa défaillance sur le premier point de sa réforme, par l'insuffisance de la base juridique

qu'il a donnée au groupement et c'est pourquoi il revient aux intéressés d'y suppléer, en sachant tirer tout le parti possible de son œuvre.

Utiliser les dispositions de la loi comme si son but avait été seulement de préciser les pouvoirs des associations de porteurs et leurs principales conditions de fonctionnement, comme les actionnaires utilisent la loi de 1867 au moment de la rédaction des statuts pour y puiser les dispositions les plus importantes qui doivent obligatoirement régir leurs rapports, telle doit être l'attitude des porteurs devant la loi de 1929.

En ce qui concerne sa création, l'association pourra prendre naissance à deux moments différents, comme sous le régime antérieur ; mais la situation a notablement changée du fait de l'existence des importantes dispositions de la loi.

Elle pourra être concomittante à l'émission des parts et sera, comme autrefois, une condition de l'acquisition du titre, ou mieux, pour reprendre l'expression de M. COPPER-ROYER, « un élément du prix (1) ». En ce cas, les statuts seront rédigés soit par la société émettrice, ce qui ne constitue plus un danger depuis la réglementation légale de la protection de la minorité, soit par une assemblée générale des porteurs, convoquée par elle et tenue conformément aux prescriptions de la loi.

L'association pourra également être créée après l'émission des titres. Ce procédé a les multiples avantages d'être utilisable à une époque quelconque, de tenir la société débitrice à l'écart et de livrer les porteurs à eux-mêmes. Mais il présente le gros inconvénient de nécessiter l'expression du consentement de tous les porteurs en assemblée générale. Nous connaissons les difficultés qu'il rencontrera : dissémination des porteurs trop souvent inconnus, défauts du système légal de convocation...

M. CORDONNIER a soutenu que, sans grouper les porteurs en association, il était suffisant « d'édicter, pour les parts soumises au statut légal, un règlement conventionnel de la masse, règlement qui aura spécialement pour but de préciser certains points non résolus par la loi de 1929, ou de compléter celle-ci pour tout ce qui est abandonné à la volonté des parties (2) ». C'est qu'en effet, cet auteur admet la

(1) COPPER-ROYER, *op. cit.*, n° 476.

(2) CORDONNIER, *op. cit.*, p. 363.

personnalité morale de la masse. La notion d'association ne présente donc pas pour lui les mêmes avantages que pour nous.

Mais remarquons, d'une part, que le règlement conventionnel, en précisant et en complétant l'organisation légale, accentuera par là même et sans aucun doute sa ressemblance formelle avec l'organisation sociale ; d'autre part, que le but qui lui est assigné est exactement celui de tous les statuts de société ou d'association : dès lors, il est permis de se demander si la situation de la masse (en supposant, comme le fait cet auteur, qu'elle soit douée de la personnalité), régie d'un côté par la loi et de l'autre par un règlement conventionnel, ne se différencierait pas de celle d'une association déclarée, dans les statuts de laquelle la loi de 1929 aurait été incorporée, autrement que par une déclaration de principe ?

Bien que les deux situations se présentent au fond sous le même aspect, ne procédant pas du même principe, elles ne procurent pas la même sécurité aux porteurs.

Cette sécurité est maximum dans la formule associationniste que nous ne saurions trop recommander, surtout au lendemain de la promulgation de la loi, c'est-à-dire à un moment où la pratique, désorientée par les prescriptions nouvelles, ne sait, dans l'ignorance de l'interprétation qui en sera faite par les tribunaux, où diriger sûrement ses pas. Seule l'association lui permettra, quelle que soit l'attitude qu'adoptera la jurisprudence, de mettre les groupements de porteurs à l'abri de toute incertitude au sujet de leur capacité (1).

Enfin, la formule associationniste assure un régime stable, grâce à l'immutabilité relative des statuts. Au contraire, le règlement conventionnel, s'analysant comme une série de modifications ou de précisions apportées au régime des parts, peut valablement être imposé par la majorité à l'ensemble des porteurs. Si l'on tient compte des imperfections du système légal de convocation, il sera aisé à la société, peu après l'émission des parts bénéficiaires, d'obtenir d'une majorité complice un règlement, ou une modification au règlement existant, favorable à ses seuls intérêts (2).

(1) Au moyen de la déclaration préfectorale. Jadis cette formalité était rarement remplie. Nous espérons que la loi récente aura dessillé les yeux des praticiens.

(2) Telle serait, par exemple, l'insertion dans le règlement de clauses analogues à celles connues en matière de société sous les noms de « clause prohibitive » et

Ainsi, le but du pacte d'association adjoint au groupement légal — ne devrait-on pas dire l'inverse, le domaine de celui-là n'est-il pas plus vaste que le domaine de celui-ci ? — son but, disons-nous, est double, à la fois pratique et théorique.

Pratique, car l'association permettra aux porteurs d'utiliser les dispositions légales dans les meilleures conditions possibles et avec le maximum de sécurité. D'ailleurs, la loi de 1929 met leurs droits en danger, nous l'avons vu. Plus que jamais le moment est donc venu pour eux de se grouper, pour contrebalancer par leur union les pouvoirs de la société émettrice, décuplés par les lacunes et la conception de la loi.

Théorique, car c'est à elle qu'incombe le soin d'éviter toute solution de continuité entre le régime d'hier et celui de demain, et de forcer la loi à servir la formule que la pratique antérieure a lentement, mais progressivement ébauchée.

« clause d'avis ». La première aurait pour conséquence de subordonner l'exercice par les porteurs des actions contre la société émettrice ou les représentants de la masse à l'autorisation préalable de leur assemblée générale, la seconde, de les obliger à provoquer l'avis de celle-ci avant l'exercice des mêmes actions.

Elles soulèveraient d'ailleurs exactement les mêmes difficultés que dans le domaine social où elles ont prêté, et prêtent encore, à la controverse : rappelons seulement que leur portée varie suivant qu'on les applique aux actions sociales ou aux actions individuelles, en ce sens qu'elle est plus grande dans le premier cas que dans le second.

Vu :

Lyon, le 24 septembre 1929,

LE PRÉSIDENT DE LA THÈSE,

J. PERROUD.

Vu :

Lyon, le 1<sup>er</sup> octobre 1929,

LE DOYEN,

L. JOSSERAND.

Permis d'imprimer :

Lyon, le 1<sup>er</sup> octobre 1929,

LE RECTEUR DE L'ACADÉMIE, PRÉSIDENT DU CONSEIL DE L'UNIVERSITÉ,

POUR LE RECTEUR ET PAR DÉLÉGATION,

LE VICE-PRÉSIDENT DU CONSEIL DE L'UNIVERSITÉ,

L. JOSSERAND.

## APPENDICE

---

### LOI DU 23 JANVIER 1929 SUR LES PARTS DE FONDATEUR ÉMISES PAR LES SOCIÉTÉS

(*Journal Officiel*, 25 janvier 1929.)

Le Sénat et la Chambre des députés ont adopté,

Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit :

Article premier. — Les sociétés commerciales par actions peuvent créer, attribuer et émettre, soit lors de leur constitution, soit ultérieurement, des titres négociables, sous le nom de « parts de fondateur » ou de « parts bénéficiaires ».

Ces titres, qui sont en dehors du capital social, ne confèrent pas à leurs propriétaires la qualité d'associé. Mais il peut leur être attribué, à titre de créance éventuelle contre la société, un droit fixe ou proportionnel dans les bénéfices sociaux.

Si la création, l'attribution ou l'émission des parts bénéficiaires a lieu en rémunération d'un apport en nature, cette opération est soumise à l'accomplissement des formalités de vérification prescrites par la loi du 24 juillet 1867.

Il peut exister, dans une même société, différentes catégories de parts de fondateur ou de parts bénéficiaires, pourvues de droits inégaux ; chaque catégorie forme une masse distincte.

Les droits des propriétaires de parts sont déterminés dans les statuts de la société par action ou dans la délibération ultérieure de son assemblée générale portant création des parts.

Nonobstant toute stipulation contraire, les propriétaires de parts d'une même masse peuvent être réunis en assemblée générale, à toute époque, et prendre, à la majorité, en se conformant aux dispositions des articles 3 à 11 ci-après, des résolutions qui s'imposent à tous les porteurs.

Une même assemblée générale ne peut comprendre que les propriétaires de parts d'une même masse.

Art. 2. — L'assemblée générale des propriétaires de parts peut être convoquée par la société par actions, qui, dans ce cas, fixe l'ordre du jour de l'assemblée.

Un groupe de porteurs possédant 1/20<sup>e</sup> des parts existant dans une masse peut prendre l'initiative de la convocation de l'assemblée générale.

Il présente, à cet effet, à la société, une demande indiquant l'ordre du jour de l'assemblée générale.

Si, dans le mois qui suit la date de cette demande, l'assemblée générale n'a pas été convoquée, le groupe des porteurs de parts peut procéder lui-même à la convocation, en obtenant une autorisation à cet effet du président du Tribunal de commerce du siège de la société.

Art. 3. — L'assemblée est convoquée par deux insertions successives du même contexte, dans le *Bulletin annexe* du *Journal Officiel* et par une insertion dans un journal d'annonces légales du lieu du siège social.

La convocation indique l'ordre du jour de la réunion, ainsi que le mode adopté pour la justification de la possession des parts qui existeront en la forme au porteur.

L'assemblée ne peut être tenue que huit jours après la dernière insertion.

Art. 4. — Il est dressé une feuille de présence des propriétaires de parts présents à l'assemblée et de ceux qui y sont représentés au moyen de pouvoirs. Les mandataires doivent être personnellement membres de l'assemblée.

Cette feuille de présence indique les nom, prénoms et domiciles des propriétaires de parts présents et représentés et le nombre de parts possédées par chacun d'eux.

Cette feuille, certifiée par le président de l'assemblée, est mise à la disposition des membres de l'assemblée aussitôt après sa confection et, au plus tard, avant le premier vote.

Art. 5. — L'assemblée est ouverte sous la présidence provisoire du propriétaire de parts représentant, tant par lui-même que comme mandataire, le plus grand nombre de parts.

Elle procède ensuite à l'installation de son bureau définitif, composé d'un président, de deux scrutateurs et d'un secrétaire.

Le président est élu par l'assemblée.

Les propriétaires de parts représentant par eux-mêmes et comme mandataires le plus grand nombre de parts, et sur leur refus, les suivants jusqu'à acceptation, sont appelés comme scrutateurs. Le président et les scrutateurs désignent le secrétaire qui peut être choisi même en dehors de l'assemblée.

La délibération ne peut porter que sur les questions figurant à l'ordre du jour publié.

Les délibérations sont constatées par un procès-verbal signé des membres du bureau ; à ce procès-verbal sont annexées la feuille de présence et les procurations des propriétaires de parts qui se sont fait représenter.

L'assemblée décide où ces pièces doivent être déposées.

La société par actions supporte les frais de convocation et de tenue des assemblées générales des propriétaires de parts.

Art. 6. — L'assemblée ne peut délibérer que si elle est composée d'un nombre de parts représentant les trois quarts au moins des parts existant dans la masse intéressée, déduction faite des parts qui sont en possession de la société.

Si une première assemblée ne remplit pas les conditions ci-dessus fixées, une nouvelle assemblée sera convoquée, avec le même ordre du jour, dans les formes

et délais indiqués à l'article 3. Cette seconde assemblée délibère valablement si elle est composée d'un nombre de parts représentant au moins la moitié des parts existant dans la masse intéressée, déduction faite des parts qui sont en la possession de la société.

Si cette seconde assemblée ne remplit pas les conditions ci-dessus, on convoquera, avec le même ordre du jour et dans les formes et délais de l'article 3, une troisième assemblée qui délibérera valablement si elle se compose d'un nombre de parts représentant le tiers au moins des parts existant dans la masse intéressée, déduction faite des parts qui sont en la possession de la société.

Dans toutes ces assemblées, les résolutions, pour être valables, doivent réunir les deux tiers des voix des parts présentes ou représentées.

Chaque membre de l'assemblée dispose dans le vote d'autant de voix qu'il possède ou représente de parts, sans limitation.

La société n'a pas le droit de voter avec les titres dont elle est propriétaire ou qui sont en sa possession pour une raison quelconque.

Art. 7. — L'assemblée générale, régulièrement constituée, statue sur toutes les questions qui lui sont soumises. Elle peut consentir, notamment, à toutes modifications dans le régime des parts, dans leur forme, dans la durée et le montant de leurs droits aux bénéfices et dans le mode de calcul de ces droits, au rachat de parts par la société, à la conversion des parts en actions ou en obligations.

Les décisions prises par l'assemblée générale sont obligatoires pour tous, même pour les absents, dissidents et incapables.

Art. 8. — La conversion des parts en actions ne peut avoir lieu que par l'affectation de réserves sociales d'un montant correspondant à l'augmentation de capital qui résulte de cette opération.

Cette conversion ne peut être décidée que deux ans après la création des parts. Les actions attribuées en représentation des parts ne sont pas assujetties à la prohibition de négociation édictée par l'article 3 de la loi du 24 juillet 1867.

Art. 9. — Dans toute société ayant émis des parts de fondateur ou des parts bénéficiaires, les modifications touchant à l'objet ou à la forme de la société ne seront valables qu'autant que l'assemblée générale des porteurs de parts, délibérant conformément à l'article 6, aura approuvé ces modifications.

Art. 10. — Les porteurs de parts de fondateur ou de parts bénéficiaires ne peuvent contester la dissolution anticipée de la société lorsque celle-ci a lieu à la suite de pertes absorbant le quart au moins du capital social, après imputation préalable des réserves.

Si la dissolution anticipée est proposée en dehors du cas de perte ci-dessus prévu par suite de fusion ou pour toute autre cause, la proposition de dissolution anticipée sera soumise à une assemblée générale des porteurs de parts, réunie conformément à l'article 6. Si l'assemblée approuve la dissolution, toute action des porteurs de parts est éteinte, de ce chef, contre la société. Au cas contraire, la décision de l'assemblée générale des actionnaires portant dissolution anticipée n'en est pas moins valable dans ses effets, mais les porteurs de parts conservent, à l'égard de la société, une action éventuelle en dommages-intérêts, qu'ils ne

peuvent exercer que collectivement, par l'organe de leurs représentants, et qui doit être engagée, sous peine de forclusion, dans les six mois qui suivront la date de l'assemblée générale des actionnaires prononçant la dissolution anticipée.

Art. 11. — L'assemblée générale des porteurs de parts peut nommer un ou plusieurs représentants de la masse des parts et elle fixe leurs pouvoirs. Elle notifie les nominations à la société.

Les représentants des porteurs de parts ne peuvent s'immiscer dans la gestion des affaires sociales.

Ils ont le droit d'assister aux assemblées générales des actionnaires (mais sans voix délibérative, à peine de nullité des délibérations).

Ils ont droit aux mêmes communications que les actionnaires et aux mêmes époques.

Ils peuvent se faire délivrer copie des procès-verbaux des assemblées générales quelconques des actionnaires.

Ils sont soumis aux règles générales du mandat.

Art. 12. — Sont punis des peines portées en l'article 405 du Code pénal :

1<sup>o</sup> Ceux qui, en se présentant comme porteurs de parts qui ne leur appartiennent pas, ont voté aux assemblées générales ;

2<sup>o</sup> Ceux qui ont remis des parts pour en faire un usage frauduleux ;

3<sup>o</sup> Ceux qui se font garantir ou promettre des avantages particuliers pour voter dans l'assemblée dans un certain sens ou pour ne pas participer au vote. La même peine est applicable à celui qui garantit ou promet ces avantages particuliers.

L'article 463 du Code pénal est applicable aux faits prévus par le présent article.

Art. 13. — Aucune action judiciaire concernant l'exercice des droits communs à toutes les parts d'une même masse ne peut être exercée contre la société qu'au nom de cette masse, après décision conforme de l'assemblée générale prévue à l'article premier, et par un représentant de la masse nommé par l'assemblée générale et pris parmi les membres de cette assemblée.

Art. 14. — Les dispositions contenues aux articles 1 à 13 de la présente loi seront applicables :

1<sup>o</sup> A tous les propriétaires de parts de fondateur et de parts bénéficiaires créées avant la promulgation de cette loi, sauf dans le cas où les parts créées seraient déjà soumises à un mode de représentation collective vis-à-vis de la société émettrice. Mais les sociétés, associations ou groupements quelconques déjà constitués en vue d'assurer cette représentation collective pourront, à toute époque, en délibérant dans la forme prévue à leur acte constitutif, se soumettre aux dispositions de la présente loi, qui leur sera ensuite applicable dans son entier ;

2<sup>o</sup> A tous les propriétaires de parts de fondateur et de parts bénéficiaires qui seront créées après la promulgation de la présente loi.

---



## BIBLIOGRAPHIE

---

- AUGER, *Revue des Sociétés*, 1927, 104, note.
- BOSVIEUX, *Journal des Sociétés*, 1924, 257, article.
- BOUCHE, *Des groupements d'obligataires*, th. Paris.
- BOUSQUET, *Journal des Sociétés*, 1885, 750, article.
- CHASTENET, Proposition de loi, *Journal Officiel*, documents parlementaires, Sénat, 1914, annexe n° 19.
- CHAVEGRIN, *Sirey*, 1889, 1, 417, note.
- COIGNET, Rapports au Sénat, *Journal Officiel*, documents parlementaires, Sénat, 1922, annexe n° 515 ; 1923, annexe n° 35.
- COLIN et CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*.
- COPPER-ROÏER, *les Sociétés anonymes*, 3<sup>e</sup> édit., t. II.
- CORDONNIER, *Journal des Sociétés*, 1928, 568, note. — 1929, 257 et 321, article.
- DECUGIS, *Journal des Sociétés*, 1927, 289, note. — *Traité des Sociétés par actions*, 3<sup>e</sup> édit.
- DOLBEAU, Rapport à la Société d'Etudes législatives (*Bulletin*, 1925).
- DURAND (Louis), *Revue des Sociétés*, 1897, 376, article.
- ESCARRA, *Traité de l'organisation des obligataires*. — *Journal des Sociétés*, 1924, 268, note.
- ESMEIN, *Eléments de droit constitutionnel*, t. II.
- GAIN, *Commentaire de la loi du 23 janvier 1929*, au D. P., 1929, IV, 49.
- GAUDEMET, *Sirey*, 1913, 1, 481, note.
- GOMBEAUX, *Annales du droit commercial*, 1907, 417, article.
- GUILLQUARD, *Traité du contrat de société*.
- HAMEL, *Revue critique de Législation et de Jurisprudence*, 1925, 330. — *Revue des Sociétés*, 1924, 241, article.
- HAYEM, *Domaines respectifs de l'association et de la société*, th., Paris, 1907.
- HOUPIN, *Traité général des sociétés*, 5<sup>e</sup> édit.
- KAYSER, *Société ou association ?*
- LACOUR, *Précis de droit commercial*, t. I.
- LECOUTURIER, *Traité des parts de fondateur*.
- LESACHÉ, Rapport à la Chambre des députés (*Journal Officiel*, documents parlementaires, Chambre, 1928, annexe n° 5422).
- LEVASSEUR, Rapport à la Chambre des députés (*Journal Officiel*, documents parlementaires, Chambre, 1927, annexe n° 4793).

- LYON-CAEN, *Sirey*, 1917, 1, 33, note.  
 LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial*, t. II.  
 MAZAS, *les Parts de fondateur*, th., Grenoble, 1901.  
 MAZEAUD, *Revue critique de Législation et de Jurisprudence*, 1926, 126, article.  
 MOLIÉRAC, *Revue des Sociétés*, 1929, 99, article.  
 ORDIONI, *Revue des Sociétés*, 1927, 254, note.  
 PERCEROU, *Dalloz*, 1904, 1, 89, note.  
 PIC, *les Sociétés commerciales*, t. III.  
 PICHON (A.), *Caractères distinctifs des associations*, th., Paris, 1905.  
 PLANIOL, *Traité de droit civil*, t. II.  
 PRESTAT, *Des assemblées d'obligataires*, th., Paris, 1906.  
 RAULT, *Quotidien juridique*, 3 et 4 juillet 1929, article.  
 ROUBIER, Distinction de l'effet rétroactif et de l'effet immédiat de la loi (*Revue trim. de droit civil*, 1928, p. 579).  
 ROUSSEAU, *Etude sur les parts de fondateur*,  
 ROUX, *Sirey*, 1908, 1, 105, note.  
 THALLER, *Traité de droit commercial*.  
 TROUILLOT et CHAPSAL, *Du contrat d'association*.  
 VIDAL, *les Rapports des actionnaires et des porteurs de parts dans les sociétés anonymes*, th., Paris, 1921.  
 VALEROUX, *Revue des Sociétés*, 1897, 316, article.  
 VALÉRY, *Dalloz*, 1895, 2, 297, note.  
 VAVASSEUR, *Traité des Sociétés*. — *Revue des Sociétés*, 1895, 127, article.  
 VOIRIN, *les Lois nouvelles*, 1929, p. 113, article.  
 WAHL, *Journal des Sociétés*, 1897, article.

## PÉRIODIQUES

- Annales de Droit commercial*.  
*Bulletin de la Société d'études législatives*.  
*Dalloz périodique*.  
*Gazette Judiciaire et Commerciale de Lyon*.  
*Journal des Sociétés*.  
*Les lois nouvelles*.  
*Revue critique de Législation et de Jurisprudence*.  
*Revue des Sociétés*.  
*Revue trimestrielle de Droit civil*.  
*Sirey périodique*.
-

## TABLE DES MATIÈRES

---

|                                                                                                                                                                                |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| INTRODUCTION . . . . .                                                                                                                                                         | 5   |
| CHAPITRE PREMIER. — Les deux aspects du groupement des parts. . . .                                                                                                            | 9   |
| Section 1. — Le conflit d'intérêt entre actionnaires et porteurs de parts. Exemples. . . . .                                                                                   | 9   |
| Section 2. — Utilité du groupement des porteurs pour la société .                                                                                                              | 20  |
| Section 3. — Utilité du groupement pour les porteurs. . . . .                                                                                                                  | 24  |
| CHAPITRE II. — Les formules conventionnelles de la pratique. . . . .                                                                                                           | 31  |
| Section 1. — Société ou association ? . . . . .                                                                                                                                | 33  |
| Section 2. — La théorie de l'association en participation. . . . .                                                                                                             | 49  |
| Section 3. — Théorie du mandat. Théorie du contrat innomé. . . .                                                                                                               | 52  |
| Section 4. — Nécessité de l'intervention législative. . . . .                                                                                                                  | 55  |
| CHAPITRE III. — La formule légale de la loi de 1929. . . . .                                                                                                                   | 63  |
| Section 1. — Des assemblées générales. . . . .                                                                                                                                 | 66  |
| A. Composition . . . . .                                                                                                                                                       | 67  |
| B. De la convocation. . . . .                                                                                                                                                  | 69  |
| 1 <sup>o</sup> Du droit de convocation. . . . .                                                                                                                                | 69  |
| 2 <sup>o</sup> Des formalités de convocation. . . . .                                                                                                                          | 73  |
| C. Forme des délibérations . . . . .                                                                                                                                           | 76  |
| D. Conditions de validité des délibérations (quorum, attribution des voix, majorité) . . . . .                                                                                 | 79  |
| E. Sanction des conditions de forme. . . . .                                                                                                                                   | 87  |
| Section 2. — Des pouvoirs de l'assemblée et de leur sanction (effets des délibérations régulières; étendue des pouvoirs de l'assemblée; domaine de ses attributions) . . . . . | 88  |
| Sanction des délibérations régulières (cas de la dissolution anticipée). . . . .                                                                                               | 95  |
| Section 3. — Des représentants. . . . .                                                                                                                                        | 101 |
| Section 4. — De l'exercice des actions judiciaires. . . . .                                                                                                                    | 108 |
| Sens et portée de l'article 13. . . . .                                                                                                                                        | 109 |
| Régime des actions intéressant la masse. . . . .                                                                                                                               | 114 |
| Régime des actions individuelles. . . . .                                                                                                                                      | 118 |
| Actions exercées contre la masse. . . . .                                                                                                                                      | 119 |
| Compétence. . . . .                                                                                                                                                            | 120 |

|                                                                                                                                                                                                      |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Section 5. — Champ d'application de la loi. . . . .                                                                                                                                                  | 121 |
| A. Conditions relatives à la forme des parts bénéficiaires . .                                                                                                                                       | 121 |
| B. Champ d'application de la loi dans le temps. . . . .                                                                                                                                              | 122 |
| CHAPITRE IV. — L'œuvre du législateur de 1929. . . . .                                                                                                                                               | 129 |
| Section 1. — Base juridique du groupement des porteurs de parts :<br>le groupement légal, ses avantages et ses inconvénients. Cri-<br>tique de l'absence de personnalité morale. . . . .             | 129 |
| Section 2. — Définition des pouvoirs de l'assemblée générale et des<br>conditions requises pour la validité de ses délibérations. Le<br>danger de la loi de 1929 pour les porteurs de parts. . . . . | 140 |
| Section 3. — Conclusion : la survivance de la notion d'association. .                                                                                                                                | 143 |
| APPENDICE. — Loi du 23 janvier 1929. . . . .                                                                                                                                                         | 148 |



